

DU RECOURS DE L'ASSUREUR CONTRE LE TIERS RESPONSABLE DU DOMMAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 7 mars 1939, à 14 heures

PAR

H. GAUTHIER

Président : M. Maurice PICARD, professeur

Suffragants { MM. ROUAST, professeur
PLASSARD, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1939

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU RECOURS DE L'ASSUREUR CONTRE LE TIERS RESPONSABLE DU DOMMAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 7 mars 1939, à 14 heures

PAR

H. GAUTHIER

Président : M. Maurice PICARD, professeur

Suffragants { MM. ROUAST, professeur
 PLASSARD, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1939



INTRODUCTION

Il arrive fréquemment que le risque prévu et couvert par un contrat d'assurance (incendie, accident, décès, etc...) se réalise par le fait d'un tiers, dont la responsabilité est ainsi engagée. La réparation due à l'assuré par ce tiers se trouve-t-elle dans ce cas, faire double emploi avec celle due par l'assureur et ce dernier peut-il alors récupérer contre le tiers la somme qu'il a versée à l'assuré ? Cette question n'est pas neuve, mais elle pose toujours dans la pratique des problèmes très délicats et la loi du 13 juillet 1930 lui a donné sur le plan juridique un regain d'actualité.

Dans une étude relativement ancienne sur cette question, M. Henri Capitant posait excellemment le problème dans les termes suivants : « Lorsqu'une Compagnie d'assurances est obligée, à la suite d'une faute commise par un tiers à l'encontre de l'assuré, de payer à ce dernier ou à ses représentants, soit une indemnité correspondant au préjudice subi, soit le capital même stipulé dans la police, peut-elle exercer un recours contre le tiers et lui demander le remboursement de ce qu'elle a versé à l'assuré ¹ ».

Ainsi présentée, la question embrassait l'ensemble des assurances : d'une part celles qui ont pour objet la réparation d'un dommage matériel déterminé, dites

1. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1906, p. 37.

assurances de dommages ou assurances de choses ; d'autre part celles qu'il est convenu d'appeler assurances de personnes et qui se caractérisent par le paiement d'un capital conventionnellement fixé dans la police. (c'est pour cette raison qu'on les a aussi dénommées parfois assurances de sommes ou de capitaux). Dans les premières, se rangent les assurances contre l'incendie, contre les accidents causés aux tiers, contre le vol, etc...; dans les secondes, les assurances sur la vie et les assurances individuelles contre les accidents.

Aujourd'hui, une discrimination complète est faite entre ces deux catégories d'assurances, notamment au point de vue du recours de l'assureur; mais au moment où parut l'étude de M. Capitant, cette façon de présenter le sujet était parfaitement naturelle et l'auteur, tout en distinguant nettement les deux groupes d'assurances, les réunissait à dessein dans sa question en les plaçant absolument sur le même plan. La conclusion à laquelle il arrivait le montre d'ailleurs très bien, puisqu'après une longue analyse, il se prononçait pour le rejet de recours de l'assureur, aussi bien en matière d'assurances de choses qu'en matière d'assurances de personnes.

Il faut dire qu'à cette époque, ce problème du recours de l'assureur, qui s'était pourtant posé dès les premiers débuts des assurances terrestres, n'avait pas encore reçu sa solution. Les auteurs étaient divisés, la jurisprudence hésitante et incertaine; après beaucoup de tâtonnements, elle commençait cependant à marquer une tendance assez nette à reconnaître la légitimité du recours en matière d'assurances de choses et à le rejeter uniformément en matière d'assuran-

ces de personnes. Par contre, dans le même temps, un projet de loi sur le contrat d'assurance était déposé à la Chambre des Députés et l'article 26 de ce projet, relatif à notre matière, prévoyait une subrogation légale au profit de l'assureur aussi bien pour les assurances de choses que pour les assurances de personnes.

La simple indication de ces faits montre assez le flottement qui régnait en cette matière, puisqu'au même moment on rencontrait trois ordres de solutions absolument différentes et qui, toutes trois, avaient des défenseurs parfaitement qualifiés et convaincus :

1° Solution doctrinale qui rejetait le recours de l'assureur, quel que soit le genre d'assurance.

2° Solution jurisprudentielle qui reconnaissait le recours de l'assureur en matière d'assurances de choses, mais le refusait dans les assurances de personnes.

3° Solution législative qui tendait à accorder un droit de recours à l'assureur dans toutes les branches d'assurances.

Actuellement la question peut encore être posée de la même manière que ci-dessus, ne serait-ce que pour envisager le problème dans son entier; mais la réponse ne comporte plus aucune difficulté, puisque la loi du 13 juillet 1930 est venue mettre fin aux controverses en consacrant la solution que la jurisprudence était enfin parvenue à dégager dans le sens indiqué plus haut. Notre étude n'aura donc pas pour but de remettre ce point en question, mais bien plutôt d'examiner de très près comment se présente aujourd'hui la situation des assureurs relativement au recours qui leur est reconnu, non sans avoir au préa-

lable retracé brièvement les diverses étapes de l'évolution qui a lentement abouti au résultat actuel.

L'étude de cette évolution est en effet très intéressante et instructive à plus d'un titre. Elle montre tout d'abord la difficulté qu'il peut parfois y avoir à donner à une notion pratique la forme juridique qui lui convient, dans le cadre des règles rigides de notre Code civil. Elle aide ensuite à mieux saisir le mécanisme technique de l'assurance, ainsi que les caractéristiques essentielles de ses principales branches, avec leurs points communs et leurs différences. Cet intérêt est loin d'être négligeable; car, ainsi qu'il est dit très justement dans l'exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1930¹, « le caractère à la fois économique, juridique et technique de l'assurance terrestre a pour résultat de rendre difficile sa parfaite connaissance ».

Cette complexité se retrouve dans la nature du droit de recours de l'assureur. Discuté dans son principe, discuté surtout dans son mode d'exercice, il a donné lieu à beaucoup de controverses avant que la pratique et les tribunaux aient pu dégager les principes essentiels concernant la base juridique de l'action de l'assureur et les conditions de son application. Il s'agissait pourtant là d'une nécessité pressante, étant donnée l'importance pratique de la question, importance que le rapide développement des assurances allait accroître sans cesse.

Les personnes contre lesquelles peut avoir à s'exercer le recours de l'assureur sont en effet infiniment nombreuses. En matière d'assurance incendie, par

1. *J. Off.*, 1925, doc. parlem. Ch. des Dép. n° 1544, p. 637.

exemple, pour prendre la branche la plus ancienne des assurances terrestres, un recours contre les locataires des bâtiments incendiés peut être exercé en vertu des articles 1733 et 1734 du Code civil; ce dernier article, modifié par la loi du 5 janvier 1883, dispose en effet que s'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul est tenu, ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus¹. Il peut également y avoir un recours contre les voisins en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, mais à la condition de prouver que l'incendie est dû à la négligence ou à l'imprudence du voisin, ou à un vice de construction provenant de sa maison. Il existe encore en cette matière le recours des locataires contre le propriétaire, pour la réparation des dégâts causés à leurs biens mobiliers, en vertu des articles 1386 et 1721 du Code civil, lorsque l'incendie provient d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien de la maison louée. Il faut encore citer, parmi les diverses personnes sur lesquelles peut peser la responsabilité de l'incendie, les fermiers et colons partiaires, les dépositaires gagistes, etc., les auteurs de l'incendie par imprudence ou bien ceux qui doivent en répon-

1. Sur le caractère excessif de cette responsabilité, v. A. Colin et H. Capitant, *Cours élém. Dr. Civ. Fr.*, 7^e éd., p. 604. — Cette présomption de faute à l'égard des locataires trouve son fondement historique dans un texte romain « incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium » qui n'avait d'ailleurs été édicté qu'à propos des règlements de la police urbaine.

dre civilement du chef des personnes dont ils ont la surveillance, et enfin les incendiaires.

De même en matière d'assurance contre les accidents, d'assurances transports, etc., les responsabilités sont variées, souvent très complexes et créent autant de cas d'application du recours de l'assureur.

On conçoit que dans ces conditions les tribunaux et les auteurs se soient attachés à analyser ce droit de recours de l'assureur et à en préciser les effets entre les parties en cause. Nous remarquerons toutefois qu'un point ne paraît guère avoir été contesté, dans la pratique tout au moins, c'est celui de savoir si l'assureur avait vraiment le droit de recourir contre le tiers responsable et dans quels éléments de fait ou de droit ce recours trouvait sa justification réelle. A la vérité, le recours de l'assureur contre le tiers responsable parut se présenter comme une conséquence première et toute naturelle du contrat d'assurance; la solution admise à cet égard en matière d'assurances maritimes et qui remontait à la plus ancienne tradition, contribua sans doute beaucoup à ce fait, on peut du moins le supposer. Quoi qu'il en soit, la légitimité même du recours ne fut pour ainsi dire jamais discutée et les difficultés ne commencèrent que lorsqu'il fut question de sa mise en œuvre et que le problème fut porté devant les tribunaux. Nous verrons comment ces derniers accueillirent cette action d'une nature si particulière; comment leurs premières décisions se bornèrent surtout à constater l'impossibilité de rattacher le droit de l'assureur à une notion juridique déjà existante, et notamment à la subrogation du Code civil.

Nous retracerons dans ses grandes lignes l'évolution qui se fit lentement sur ce point et qui se traduisit finalement par une séparation marquée entre les assurances de choses et les assurances de personnes. Nous aboutirons ainsi au système à peu près cohérent élaboré par la jurisprudence et que la loi du 13 juillet 1930 devait consacrer dans son ensemble. Nous avons dit que l'étude de la subrogation instituée par cette loi constituerait une partie importante de notre travail; il pourrait même sembler qu'en raison de la solution légale aujourd'hui donnée au problème, l'étude de la pratique et de la jurisprudence antérieure ne présentassent qu'un intérêt purement rétrospectif. Ce n'est cependant pas tout à fait exact; sans parler du profit d'ordre spéculatif qui s'y attache incontestablement, nous estimons qu'il n'aura pas été inutile de rappeler les controverses soulevées au sujet du recours de l'assureur, ainsi que les solutions pratiques et jurisprudentielles admises avant le vote de la loi du 13 juillet 1930.

Tout d'abord, en effet, il faut savoir que la subrogation légale mise à la disposition des assureurs n'est pas toujours utilisée par eux et qu'ils continuent à exercer leur droit de recours en vertu de clauses insérées dans les polices. Ce faisant, ils ne font d'ailleurs qu'exercer leur droit strict, car l'article 36 qui consacre la subrogation de l'assureur est au nombre des quelques rares dispositions de la loi qui n'ont pas un caractère impératif et auxquelles il est, par suite, loisible de déroger par la convention. Il peut sembler bizarre, au premier abord, que les assureurs dédaignent un avantage qui leur est accordé de plein droit;

mais nous montrerons que s'ils procèdent ainsi, ce n'est pas comme on pourrait le croire, par esprit de tradition, mais uniquement pour des raisons d'ordre pratique qui ont conservé toute leur valeur sous l'empire de la législation nouvelle.

D'autre part, nous pensons qu'il sera indispensable d'indiquer succinctement les motifs qui ont amené le législateur à refuser catégoriquement la subrogation en matière d'assurances de personnes; nous examinerons si ce refus doit être interprété comme une interdiction absolue et définitive, ou si, au contraire, il ne serait pas souhaitable d'envisager la possibilité d'un recours au profit de l'assureur en cette matière.

Enfin il est une forme nouvelle d'assurance que la loi du 13 juillet 1930 a volontairement laissée en dehors de son champ d'application : c'est l'assurance-crédit, matière encore mal définie qui fera l'objet du dernier chapitre de notre étude. Nous verrons qu'en ce domaine, en l'absence de tout texte légal, l'exercice du recours de l'assureur contre le tiré défaillant soulève dans certains cas des difficultés tout à fait analogues à celles autrefois rencontrées dans les autres branches d'assurances, difficultés encore accrues du fait de la nature très spéciale de cette forme d'assurance; nous retrouverons exposés les mêmes arguments et les mêmes objections; nous soulignerons l'intérêt pratique considérable qui s'attache à l'élaboration d'une théorie viable, et nous indiquerons en terminant les solutions dégagées par la jurisprudence dans cette importante question.

Par contre, nous ne traiterons pas du recours de l'assureur contre le tiers responsable en matière d'as-

surances contre les accidents du travail, recours pour lequel l'assureur est légalement substitué au patron assuré et exerce de ce chef l'action appartenant à ce dernier en vertu de l'article 7 de la loi du 9 avril 1898. L'exercice de ce recours présente en effet des modalités spéciales qui lui donnent une place à part dans l'ensemble des recours d'assurance; d'autre part la pluralité d'actions par laquelle il se caractérise engendre dans la pratique des situations souvent complexes qu'il ne nous serait pas possible d'exposer ici, avec les développements qu'elles méritent, sans sortir du cadre de notre étude¹.

1. Sur cette question, voir l'ouvrage de M. Robert Nordemann : *De l'action contre le tiers responsable d'un accident du travail*, Paris, 1936. — V. aussi l'article de M. A. Rouast : « Les actions auxquelles donne lieu un accident du travail causé par un tiers », *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 836 et s.

TITRE I

Du fondement du recours de l'assureur et de sa justification pratique

TITRE I

Du fondement du recours de l'assureur et de sa justification pratique

Nous avons indiqué que dans la pratique, la légitimité du recours de l'assureur ne fut jamais sérieusement contestée. Pourquoi ? Parce que, tout d'abord, l'assuré lui-même ne put contester ce droit et ce, du fait que le contrat d'assurance fut dès l'origine et plus encore qu'aujourd'hui, un pur contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat dans lequel une des parties accepte, sans pouvoir les écarter ou même les discuter, un ensemble de conditions qui lui sont imposées par l'autre partie. L'assureur, voyant tout le profit qu'il pouvait tirer d'un droit de recours contre les tiers, ne manqua pas de se le réserver expressément dans les clauses et stipulations de la police que l'assuré, en signant, acceptait en bloc sans en mesurer évidemment toute la portée. Il faut reconnaître d'ailleurs que ces conditions dites « générales » étaient imprimées en caractères très petits, d'une présentation souvent obscure et dont la lecture difficile avait de quoi rebuter l'assuré le mieux intentionné.

D'autre part, si l'assuré ne songeait guère à revendiquer à son profit un droit qui « a priori » lui appartenait, c'est que l'indemnisation par l'assureur lui

apportait une satisfaction immédiate dont il lui paraissait naturel de se contenter et qui, en tout état de cause, ne donnait plus qu'un intérêt secondaire à l'exercice d'une action contre le fiers fautif.

D'autre part enfin, il semble bien qu'une confusion fut faite dès l'origine au sujet des conséquences qu'il y a lieu d'attacher à ce grand principe d'ordre public que l'assurance étant un contrat d'indemnité, l'assuré ne doit jamais se trouver après la réalisation du risque dans une position meilleure que si le sinistre ne s'était pas produit.

La conséquence immédiate et essentielle de cette règle, c'est que l'assuré ne doit en aucun cas recevoir de l'assureur une somme supérieure à l'importance du dommage subi; la réalisation du risque assuré ne doit jamais pouvoir lui procurer un bénéfice. Le but de cette règle, qui ressort très clairement de ceci, est donc avant tout d'empêcher que l'assurance ne devienne un objet de spéculation, que l'assuré ne cherche dans un esprit de lucre à provoquer la destruction d'un bien couvert par une assurance supérieure à sa valeur.

Ainsi compris, il n'est pas douteux que ce principe apparaît comme une nécessité absolue, il empêche les assurances exagérées ou cumulatives, il rend inefficaces les combinaisons frauduleuses qui pourraient être tentées; mais de toute évidence il ne s'applique et ne se justifie que dans les rapports entre assureur et assuré, ainsi que de nombreux auteurs l'ont d'ailleurs fait remarquer très justement¹.

1. Voir notamment M. Capitant, note sous Montpellier, 4 janvier 1905, et Paris, 21 mars 1905, D. P. 1906.2.185, *Rev. Tr. Dr. Civ.*, *op. cit.*, p. 62 et s.; Huguency, note sous Req., 27 mars 1928

Par contre, la situation apparaît comme complètement différente dans le cas d'un assuré qui, après avoir reçu de l'assureur l'indemnité correspondant au dommage subi, exercerait contre le tiers responsable de ce dommage l'action en réparation que lui donne le droit commun. Dans cette hypothèse, il est bien évident que les craintes de fraude ou de spéculation ne se retrouvent plus et ne se conçoivent même pas. On n'est plus, en effet, dans le domaine propre de l'assurance et aucune raison valable de fait ou de droit ne permet d'invoquer le principe ci-dessus pour refuser catégoriquement à l'assuré le bénéfice de l'action née sur sa tête. C'est néanmoins le point de vue qui fut très généralement admis et qui vint ainsi à l'appui du système d'après lequel l'assuré une fois indemnisé perd par là-même le droit de poursuivre le tiers responsable.

Soucieux de n'accepter que des arguments absolument nets, nous estimons, quant à nous, que ce point de vue est erroné et que le principe « indemnitaire »

(2 arrêts), S. 1928.1,257. « En vain, dit-il, pour expliquer qu'une indemnité chasse l'autre, s'accroche-t-on à l'idée que l'assurance est un contrat d'indemnité. Il y a longtemps que Labbé (note sous Req. 19 janvier 1880, S. 1.441, et Caen, 18 février 1885 et 30 juillet 1886, S. 1888.2.121) a montré que l'assurance, quelle qu'elle soit, l'assurance de choses aussi bien que l'assurance sur la vie, s'analyse non pas en un contrat d'indemnité, mais en un contrat de capitalisation mélangé d'aléa. L'indemnité d'assurance ne serait pas l'équivalent de l'objet détruit, mais celui des primes acquittées. Le principe que l'assurance est un contrat d'indemnité n'exprime pas l'essence du contrat. Il n'a qu'une valeur négative. C'est une barrière dressée, pour des motifs d'ordre public, afin d'ôter à l'assuré la tentation, pour s'enrichir, de provoquer lui-même le sinistre (cf. Weens, *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité*, thèse Paris, 1927). Et ces motifs d'ordre public, on ne les aperçoit pas à la base de la prétendue interdiction, pour l'assuré, de cumuler l'indemnité d'assurance et indemnité de responsabilité. » V. aussi H. et L. Mazeaud, *Traité théor. et prat. de la Resp. civ.*, 2^e éd., t. I, p. 265.

ne doit pas être retenu en l'occurrence, les effets dudit principe ne pouvant être arbitrairement étendus à une situation pour laquelle il n'a manifestement pas été créé. Au cours de notre étude, nous aurons d'ailleurs l'occasion de relever d'autres exemples de confusion ou d'argumentation inexacte, provenant du souci des auteurs de donner à toutes les situations une explication juridique, alors qu'en cette matière neuve et très spéciale, dont les caractères propres se situaient en marge du droit codifié, il aurait dû être souvent moins question d'arguments véritables que de considérations de fait ou d'équité. D'autre part, il n'a pas toujours été vu que, selon les termes de M. J. Hémard, « la définition *juridique* de l'assurance ne coïncide pas avec sa définition *technique* » et qu'il est par suite essentiel de bien distinguer la *notion d'assurance* et le *contrat d'assurance*¹.

Quoi qu'il en soit et pour en revenir à notre question actuelle, si le droit de recours de l'assureur ne fut guère contesté par l'assuré lui-même, il le fut maintes fois par le tiers à qui l'assureur venait demander, à titre de réparation de sa faute, le remboursement de l'indemnité qu'il avait versée à l'assuré. On fut ainsi amené obligatoirement à se demander si le recours de l'assureur était absolument légitime et dans l'affirmative, quel fondement exact il y avait lieu de lui donner.

Le problème n'apparut pas comme des plus simples. Comment justifier en effet ce droit que prenait l'assureur de se retourner contre un tiers en s'appuyant sur un contrat auquel ce tiers n'avait pas été

1. *Théorie et Pratique des Ass. Terr.*, 1924, t. I,

partie ? Cette action n'était-elle pas contraire à la vieille règle qui régit le droit des contrats : « *res inter alios acta neque prodesse neque nocere potest* » ? De prime abord, cela paraît certain. Comment donc écarter cette objection ? L'idée de préjudice fut alors mise en avant et parut pendant longtemps fournir une explication satisfaisante du droit de l'assureur ; mais, en fait, il est certain que cette notion est loin d'être suffisante et qu'il y a lieu de tenir compte d'autres considérations.

Pour résoudre le problème et lui donner une explication rationnelle, il convient donc d'examiner les conditions exactes dans lesquelles naît ce droit de recours. Nous verrons ainsi que la question est effectivement complexe et que certaines hésitations peuvent être permises ; nous constaterons néanmoins qu'au point de vue pratique et bien qu'il ne représente pas une notion qui satisfasse pleinement l'esprit, le droit de recours de l'assureur apparaît comme une solution acceptable.

Rappelons tout d'abord, au risque d'énoncer une banalité, que tout individu qui, volontairement ou par sa négligence, cause à autrui un dommage, soit dans sa personne, soit dans ses biens, est tenu de réparer intégralement les conséquences de son acte. C'est là un principe de droit absolu, reproduit par les codes de tous les pays et qui répond semble-t-il, à une véritable nécessité sociale. L'activité des hommes ne peut en effet être libre que dans la mesure où elle ne porte directement tort à personne. L'idée de liberté se trouve donc obligatoirement complétée et tempérée, dans ce qu'elle a de trop absolu, par l'idée de

responsabilité, frein nécessaire à la bonne marche de toute collectivité.

Dans notre société actuelle, la notion de responsabilité se trouve poussée à l'extrême et reçoit, de ce fait, des applications de plus en plus nombreuses. Toutes les fois que cette responsabilité se trouve engagée par suite d'un dommage causé à une personne physique ou morale, cette dernière est fondée à en réclamer réparation à l'auteur fautif.

Ce principe étant bien posé, voyons maintenant comment se présente la question lorsque le dommage survenu se trouve être l'objet d'un contrat d'assurance, cas très fréquent de nos jours, en raison même du développement de l'idée de responsabilité contre laquelle chacun cherche précisément à se prémunir par le moyen de l'assurance¹ La position respective de la victime et de l'auteur du dommage ne va-t-elle pas se trouver modifiée par suite de l'entrée en jeu de cette tierce personne qu'est l'assureur ?

Examinons rapidement ce problème, qui met en

1. A cet égard, on peut d'ailleurs se demander si l'extension progressive de l'assurance à tous les risques est un bien. M^{lle} Grillon dit très justement à ce sujet (Thèse Montpellier, 1936) : « L'extension exagérée de l'assurance peut avoir un gros inconvénient et se retourner même contre l'intérêt social : poussée trop loin et mal comprise, l'assurance peut encourager la négligence des assurés, le « fatalisme de l'accident » et créer ainsi un mal pire que celui auquel elle a pour but de remédier. Le grave problème qui reste posé et qui domine toute la matière de la responsabilité civile, c'est le départ à faire entre la réparation des risques par l'assurance, et l'obligation individuelle de réparation fondée sur la faute. »

Traitant de l'action respective de l'assureur et de l'assuré contre le tiers responsable du dommage, M. Hugueney écrit dans le même sens : « L'une et l'autre sont au fond l'expression d'un même besoin : empêcher que la responsabilité civile, dont le rôle n'est pas seulement de réparer, mais de prévenir, soit étouffée par l'assurance » (note sous Req. 27 mars 1928, S. 1928.1.257).

présence deux responsabilités : l'une délictuelle ou quasi-délictuelle, qui est celle du tiers responsable, l'autre d'origine contractuelle qui est celle de l'assureur. En effet, la réparation du dommage, incombant de droit à son auteur, se trouve par ailleurs garantie par l'assureur, qui s'y est obligé aux termes du contrat, moyennant le paiement de primes par l'assuré. La survenance du dommage constituant le risque prévu et couvert par l'assurance, le contrat va recevoir son application et l'assureur va verser à l'assuré l'indemnité stipulée dans la police, indemnité qui représentera selon le cas l'intégralité ou seulement une partie du dommage. Supposons qu'il y ait réparation intégrale. La victime du dommage, indemnisée par l'assureur, conserve-t-elle le droit de réclamer réparation au tiers responsable, droit qui lui appartient incontestablement et personnellement en vertu de la loi ?

En pure logique, l'affirmative s'impose. Le paiement effectué par l'assureur découle d'un contrat, la réparation réclamée à l'auteur du dommage prend sa source directement dans la loi. Deux actions absolument distinctes sont nées d'un même fait, elles pourraient exister indépendamment, l'une de l'autre, toutes deux ont une cause juridique propre, elles doivent toutes deux produire leurs conséquences.

Ce raisonnement logique est parfaitement exact et nous verrons d'ailleurs qu'il reçoit une application intégrale en matière d'assurance de personnes. Il s'appuie sur une stricte analyse des opérations juridiques envisagées et, à ce titre, il présente évidemment une certaine force. Il est des cas cependant où le déroule-

ment logique d'une opération juridique vient se heurter à une notion supérieure, qui supplée aux insuffisances inévitables du droit et se substitue même parfois à lui, s'il y a lieu; cette notion dominante, c'est l'équité. Dans la question qui nous occupe, elle va intervenir tout naturellement, car on se trouve en face d'une matière neuve, ignorée du Code civil et pour laquelle les règles juridiques existantes risquent de se révéler inapplicables. Son intervention apparaissant ainsi comme justifiée, demandons-nous si en équité, il est admissible qu'un assuré puisse réclamer la réparation d'un dommage dont il a déjà été indemnisé.

A priori il est difficile de le soutenir, l'action paraissant manquer de véritable base. Puisqu'il y a eu réparation, peut-on dire en effet qu'il y ait encore dommage ? Non certes, mais on peut répliquer qu'en l'espèce la réparation ne provient pas de l'auteur du dommage, mais d'une autre personne qui s'y trouve également obligée, l'assureur. Or, il n'est pas douteux que l'exécution de l'obligation contractée par ce dernier laisse intacte l'obligation incombant personnellement à l'auteur du dommage. Il n'est pas douteux non plus que l'assureur ne paye pas pour le tiers fautif, bien que cette idée ait été un instant émise lorsque les assureurs ont prétendu bénéficier de la subrogation légale. Dans ces conditions, pourquoi l'assuré n'aurait-il pas la faculté d'exercer à son profit l'action que lui donne incontestablement le droit commun, le contrat d'assurance n'étant ici, à la vérité, qu'un élément indépendant dont on peut très bien, en principe, faire abstraction ?

On peut d'ailleurs relever en ce sens deux arrêts relativement récents¹ qui ont admis le recours de l'assuré contre le tiers responsable en matière d'assurance contre les risques de transports ; « Attendu, » dit le premier, que sans avoir à rechercher si les » Compagnies d'assurances ont déjà versé une indemnité, il résulte des termes de l'article 1165 du » Code civil que les conventions n'ont d'effet qu'entre » les parties contractantes, que le tiers pour lequel » elles ne contiennent aucune stipulation ne peut pas » en profiter.. ». Le deuxième de ces arrêts est encore plus formel : « Attendu, que si, par suite d'un contrat » d'assurance que le Comptoir des Textiles a eu la » prudence de contracter personnellement et à ses » frais, il est possible qu'il ait déjà été indemnisé du » montant de la perte causée par le vol des cinq caisses de tissus, cette circonstance purement fortuite ne » saurait avoir d'influence puisqu'elle est le résultat » d'un contrat auquel le commissionnaire de transports est étranger et qui ne saurait ni lui nuire ni » lui profiter. »

Si l'on admet ce point de vue — partagé d'ailleurs par certains auteurs² — l'assuré va ainsi avoir la possibilité d'être indemnisé deux fois pour un seul et même dommage ; mais il n'y aura cependant pas enrichissement sans cause, comme on pourrait le croire ; les deux actions dont il se trouve pourvu ont en effet chacune une cause propre, entièrement distincte et

1. Req. 27 mars 1928, S. 1928.1.257, note de M. Hugueney.

2. Voir L. et H. Mazeaud, *Traité th. et prat. de la Resp. civ.*, 2^e éd., t. I, p. 259 ; Josserand, *Transports*, 2^e éd., n° 912 ; Weens, *op. cit.*, n° 263 et s. ; Planiol et Ripert, *Traité Prat. Dr. Civ. Fr.*, t. XI par Lepargneur, p. 636.

indépendante l'une de l'autre. Il y aura peut-être un enrichissement sans objet, si l'on peut dire, mais ce résultat est-il absolument choquant ? Non, car d'un côté l'assuré recueille le fruit d'un acte de prévoyance qu'il aurait pu ne pas accomplir¹ ; d'un autre côté, il exerce un droit que le loi met à sa disposition et dont chacun est libre d'user ou de ne pas user. « Qu'y a-t-il donc d'immoral à toucher des deux mains, quand on a versé des deux mains » ?² On a parfois prétendu aussi que l'assuré, se jugeant suffisamment indemnisé par l'assureur, risquerait de ne pas user de son action et de laisser ainsi la faute du tiers sans sanction, contrairement à toute morale. Mais cette éventualité est, à notre sens, peu probable. La force de l'intérêt particulier, toujours vivace chez les individus, en constitue le plus sûr garant.

On a également invoqué le principe indemnitaire du contrat d'assurance, tout au moins en matière d'assurances de choses ; mais nous avons déjà dit que ce principe ne concernait que les rapports entre assu-

1. Cf. Martin, thèse Rennes, 1921, p. 57. « Peut-on dire que l'assuré tire un bénéfice de l'accident ? Nous ne le croyons pas, car, si tant est qu'il y ait un bénéfice réalisé, ce gain provient non pas de l'accident, mais d'un acte de prévoyance dont on serait mal venu à critiquer l'assuré, étant donné que si le sinistre ne s'était pas produit, le versement de ses primes eût constitué pour lui une perte sèche. D'autre part, on ne saurait lui reprocher d'avoir tiré quelque avantage d'un contrat aléatoire par essence. »

2. Hugueney, note sous Req. 27 mars 1928, arrêts déjà cités, qui ont reconnu à l'assuré le droit de cumuler les deux indemnités. M. Hugueney justifie ainsi ces arrêts : « L'expéditeur de marchandises a payé au transporteur le prix du transport, à l'assureur les primes. Il a fait double sacrifice ; quoi d'étonnant qu'il ait double compensation ? Si les indemnités s'excluent, lui, l'homme prudent, risquera d'être moins bien traité que l'homme imprudent qui, ne s'étant pas assuré, n'a pas eu de primes à payer. »

reur et assuré et qu'il ne devait pas modifier la situation de ce dernier vis-à-vis du tiers responsable. Néanmoins, c'est principalement en considération de ce principe que les tribunaux, en matière d'assurances de choses, ont constamment refusé à l'assureur le droit de cumuler l'indemnité d'assurance et la réparation du dommage par le tiers responsable ¹ ; par contre, cette faculté fut admise en matière d'assurances de personnes, où le principe indemnitaire est censé ne pas jouer.

Quoi qu'il en soit, si l'on n'admet pas le droit de l'assuré d'actionner le tiers responsable en réparation, à quelle solution aboutit-on ? L'auteur du dommage va-t-il se trouver déchargé de toute responsabilité et bénéficier ainsi d'un contrat auquel il est resté complètement étranger ? C'est à la fois illogique et choquant. Il faut qu'il répare les conséquences de son acte, aucun doute n'est permis à cet égard. Comment donc concilier les choses et arriver à une solution équitable, qui fasse une juste part des intérêts et des obligations en présence ?

La question étant posée, une seule solution apparaît possible, c'est de permettre à l'assureur de recourir

1. Comme nous l'avons déjà signalé, on relève cependant quelques arrêts qui ont admis le cumul des deux indemnités, notamment en matière d'assurances contre les risques de transports : Lyon, 1^{er} décembre 1922, *Gaz. Pal.* 1923.2.469 ; Paris, 18 juillet 1923, *Gaz. Pal.* 1923.2.469 ; Cass. Civ., 13 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.214 ; Paris, 31 octobre 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.703 ; Req. 27 mars 1928 (2 arrêts), déjà cités. Il découle de ces arrêts que le transporteur ou le commissionnaire de transport ne peut se prévaloir d'un contrat d'assurance auquel il n'a pas été partie (res inter alios acta) et que l'expéditeur ou le destinataire est recevable à réclamer réparation du préjudice causé par le sinistre, alors même qu'il aurait été désintéressé au préalable par son assureur.

contre le tiers responsable en réparation du dommage causé à l'assuré. Est-ce à dire que cette solution réponde à l'équité parfaite et soit exempte de toute critique ? Non, du moins nous ne le pensons pas et nous montrerons d'ailleurs par la suite que le droit de recours de l'assureur se justifie par des raisons d'ordre pratique plus encore que par des considérations de pure équité.

On peut objecter en effet que ce droit donné à l'assureur constitue pour lui un avantage absolument gratuit et de source quelque peu arbitraire. Il ne correspond pas à un préjudice subi par lui, bien qu'on l'ait très longtemps admis. La survenance du risque, quelle que soit sa cause, est pour lui un fait normal et mathématiquement prévu. L'indemnité qu'il paie n'est pas prélevée sur ses fonds personnels, mais sur les primes qu'il reçoit des assurés. En conséquence, si on lui permet de récupérer contre le tiers responsable le montant de l'indemnité qu'il a versée et qui, en tout état de cause, ne représente que la stricte exécution de son obligation, il n'aura en définitive rien déboursé, la couverture du risque ne lui aura rien coûté et les primes encaissées seront pour lui un bénéfice pur et simple ¹.

Dans ces conditions, ne retombe-t-on pas dans le résultat qu'on voulait éviter vis-à-vis de l'assuré, à savoir un enrichissement sans cause ? Cela est certain, et l'objection a été souvent mise en relief. C'est

1. Traitant du risque, MM. Picard et Besson notent à ce sujet : « On peut dire que, dans ce cas, la probabilité du risque reste la même, mais son intensité est égale à zéro pour l'assureur qui, par le recours, ne décaisse rien en définitive. » V. *Traité gén. des Ass. Terr. en Dr. fr.*, t. I, p. 75.

pourquoi, le droit de recours de l'assureur ne relevant directement d'aucune notion d'ordre public ou d'intérêt supérieur et ne pouvant par ailleurs se réclamer d'aucun principe juridique certain, il apparaît comme indispensable de lui donner une contre-partie afin qu'il n'apparaisse pas comme un avantage injustifié; et cette contre-partie, on ne peut évidemment la concevoir que s'exerçant au profit de l'assuré, dont nous avons montré par ailleurs la situation parfaitement digne d'intérêt.

Dans cet ordre d'idées, on pourrait très bien envisager par exemple un remboursement partiel ou même complet des primes versées, en compensation du profit que l'assureur retire de l'exercice du recours. On dit évidemment que l'assuré se trouve entièrement dédommagé par le paiement de l'indemnité d'assurance. Mais il ne faut pas oublier de considérer que, pour obtenir ce paiement, il a versé des primes dont le total représente parfois des sommes importantes. Il ne semblerait donc pas injuste, toutes les fois que le sinistre comporterait un recours effectif contre le tiers responsable, que l'assureur remboursât à l'assuré, en sus de l'indemnité stipulée, le montant ou une fraction forfaitaire des primes versées.

Il n'y aurait là aucun enrichissement pour l'assuré, puisque les primes ont été réellement déboursées et que, d'autre part, l'indemnité reçue de l'assureur représente strictement le montant du dommage subi ¹. Quant à l'assureur, on ne concevrait pas qu'il se pré-

1. MM. L. et H. Mazeaud (*op. cit.*, t. I, p. 259) estiment également que l'assuré est fondé à demander le remboursement des primes versées par lui, mais ils mettent cette obligation à la charge de l'auteur du dommage. ce qui nous paraît moins logique.

tât de mauvaise grâce à ce remboursement, l'exercice du recours ayant pour résultat de faire rentrer dans sa caisse le montant de la somme assurée, alors que cette récupération aurait très bien pu ne pas se réaliser, si par exemple le sinistre avait été dû à un cas fortuit, ou à une cause inexpliquée ou à une faute de l'assuré couverte par l'assurance.

A notre connaissance, cette combinaison qui est ici présentée théoriquement, mais qui ne paraît pas incompatible avec une application pratique, semble n'avoir jamais été envisagée ¹. Cela provient sans doute, entre autres causes, du fait que le droit de recours de l'assureur est tout d'abord apparu comme un droit naissant spontanément et directement à son profit ; d'autre part, nous l'avons déjà signalé, les assurés subissaient complètement la loi de l'assureur. Il n'y avait par suite aucune nécessité de donner une contre-partie précise du droit de recours revendiqué par l'assureur.

Ce n'est qu'ensuite, et d'une manière en somme

1. A ce propos, on peut, cependant, citer un cas où il a été tenu compte à l'assuré des primes versées ; il s'agit, il est vrai, d'une disposition légale concernant les assurances de risques de bombardement et dont le but était d'empêcher le recours de l'assureur contre l'Etat. Pendant la guerre de 1914-1918, le ministre du Travail chargé, par la loi du 31 mars 1918, de donner l'autorisation préalable de l'Etat pour toutes les opérations d'assurances et de réassurances de risques de bombardements, a refusé de sanctionner la clause de certaines polices stipulant que l'assuré cédait à l'assureur les droits qu'il pouvait tenir contre l'Etat pour la réparation des dommages résultant de faits de guerre. Afin d'éviter toute difficulté, l'art. 18 *in fine* de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre disposait expressément : « Dans les cas où l'attributaire a contracté une assurance contre les risques de guerre, l'indemnité sera calculée sous déduction des sommes dues par l'assureur, mais il sera tenu compte des primes payées. En aucun cas, les Compagnies d'assurances ne pourront exercer de recours contre l'Etat. » (Cité par Sumien, *Tr. th. et prat. Ass. Terr.*, 3^e éd., 1931.)

indirecte, que ce point de vue devait apparaître, lorsque l'assureur, se voyant refuser la subrogation de plein droit, fut obligé de chercher dans d'autres moyens juridiques la possibilité d'exercer ce droit de recours. La justification de ce droit fut alors trouvée dans un abaissement du tarif des primes, dont bénéficiaient les assurés, précisément en considération du droit de recours abandonné à l'assureur. Dans quelle mesure ce facteur entrainait-il en jeu pour la détermination du taux des primes ? C'est là une question difficile à approfondir et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Bornons-nous pour l'instant à signaler le fait ; il répond à l'idée d'une compensation indirecte donnée à l'assuré vis-à-vis de l'assureur ; il s'explique d'ailleurs parfaitement et s'impose même, en raison des considérations que nous avons exposées ci-dessus. Mais il semble cependant qu'il n'ait constitué pendant longtemps qu'un avantage surtout théorique et que seul l'esprit de concurrence animant les assureurs lui ait donné par la suite une existence vraiment réelle. Il faut donc en déduire que cette vague compensation concédée à l'assuré ne peut que difficilement être considérée comme la justification initiale du droit de recours reconnu à l'assureur et il paraît plus juste d'y voir une contre-partie logique, mais accessoire du droit enlevé à l'assuré.

On peut évidemment faire valoir que l'abaissement des tarifs profitera à l'ensemble des assurés et contribuera ainsi au développement de l'assurance ; ce résultat peut paraître plus souhaitable que de voir des assurés profiter individuellement de l'exercice d'un recours. Mais il n'en reste pas moins que ce sont

là de pures considérations de fait. On se trouve en présence d'une solution *empirique plus que juridique*.

Quoi qu'il en soit et pour en terminer avec cette question, il apparaît que dans cette situation complexe qui met en présence l'assureur, l'assuré et le tiers responsable, le droit de recours de l'assureur représente le seul moyen pratique d'aboutir à un résultat acceptable, compte tenu des différents intérêts en jeu et des conséquences choquantes à éviter ¹. L'équité absolue n'est sans doute pas atteinte, l'équilibre semble être sensiblement rompu au profit de l'assureur, mais aucune autre solution ne pourrait être parfaite.

Il faut donc s'en tenir à cette approximation et examiner maintenant sous quel aspect juridique se présente le droit de recours de l'assureur, c'est-à-dire par quels moyens de droit peut et doit s'exercer son action. Nous allons voir que sur ce point également le problème s'est révélé assez complexe et qu'en l'absence de textes législatifs, de longs tâtonnements furent nécessaires avant que puisse être mise sur pied une construction juridique absolument correcte.

1. La même conclusion se retrouve dans l'exposé des motifs du projet de loi suisse sur les assurances : « La subrogation de l'assureur ne peut être basée que sur *des motifs d'équité et des considérations d'opportunité*... Dans la mesure où il a été indemnisé par l'assureur, l'assuré ne peut plus réclamer d'indemnité à l'auteur du dommage. Or, il ne paraît pas équitable que l'assurance profite à l'auteur du dommage qui a commis un acte illicite. En accordant le droit de recours à l'assureur de choses, on écarte ce dilemme. Sans doute, l'assureur a reçu le plein équivalent dans la prime et cette circonstance empêche d'admettre l'idée que l'assureur a éprouvé un dommage. Mais, en ce qui concerne l'assurance de choses, cet argument doit céder devant la considération qu'en excluant le droit de recours, on compromettrait l'opération d'assurance sous le rapport du droit privé et du droit public. » Rapporté par M. Capitant, *Bulletin de la Soc. d'Etudes législat.*, 1906.

TITRE II

De la base juridique de l'action
de l'assureur
et des différentes solutions consacrées
avant la loi du 13 juillet 1930

TITRE II

De la base juridique de l'action de l'assureur et des différentes solutions consacrées avant la loi du 13 juillet 1930.

Nous venons de montrer que le droit de recours de l'assureur ne pouvait se réclamer d'aucun principe juridique véritable et qu'il apparaissait en somme comme la résultante forcée de cette double considération d'équité, à savoir que, d'une part, l'assuré ne doit pas être indemnisé deux fois pour le même dommage et que d'autre part le tiers responsable ne doit pas se trouver déchargé de l'obligation de réparer les conséquences de son acte.

Ceci étant admis, comment l'assureur va-t-il se réserver et mettre en œuvre le droit de recours qui lui est reconnu ? Il est évident en effet qu'il ne peut prétendre agir au nom de l'équité ou d'un principe supérieur d'ordre public. Comme tout particulier, l'assureur doit utiliser les règles de droit que la loi met à la disposition des individus. Devant le silence du Code civil, quelle base convient-il de donner à ce droit d'une nature nouvelle ? Par quel processus juridique un rapport de droit va-t-il pouvoir naître entre ces deux personnes qui ont la qualité de tiers l'une vis-à-vis de

l'autre, l'assureur et l'auteur du dommage ? L'assureur va-t-il avoir contre le tiers une action personnelle fondée sur l'idée de préjudice et de dommages-intérêts ou bien est-ce l'action même de l'assuré qu'il va exercer en ses lieu et place ?

Si l'on se reporte à l'opinion des premiers auteurs qui se soient occupés de la question, on aperçoit de suite l'incertitude qui a pu régner à ce sujet. Pardessus¹, notamment, s'il ne songe pas à mettre en doute la légitimité du droit de l'assureur, semble par contre assez hésitant sur le fondement à lui assigner et parle à la fois d'action quasi-délictuelle, d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaires. Cette explication n'est pas satisfaisante et nous ne la citons que pour mémoire. Mais elle marque un effort et une difficulté d'analyse, que nous allons retrouver au cours de l'évolution dont nous nous proposons de retracer rapidement les différentes phases.

Indiquons tout d'abord que si l'on embrasse cette évolution dans son ensemble, on y remarque deux périodes bien distinctes : l'une, dans laquelle les assureurs tendent à donner à leur droit de recours une base personnelle et directe, fondée d'abord sur la subrogation légale, puis sur l'article 1382 du Code civil; l'autre, dans laquelle ils exercent en fait l'action même de l'assuré par le moyen de clauses insérées dans les polices, utilisant ainsi la convention pour obtenir ce que la loi ne peut leur donner.

Comment l'assureur a-t-il pu tout d'abord penser qu'il pouvait exercer de plein droit un recours contre le tiers responsable du dommage ?

1. *Traité de Dr. commercial*, t. II, n° 595.

Cela provient sans nul doute du précédent qui existait sur ce point en matière d'assurances maritimes, la plus ancienne de toutes les formes d'assurances. Dans ce domaine, en effet, il était admis sans discussion, en vertu d'une lointaine et constante tradition, que l'assureur, après règlement d'un sinistre, se trouvait subrogé de plein droit dans tous les droits et actions de son assuré. Cette subrogation était absolument générale et avait force légale ¹. Elle s'appliquait uniformément, qu'il s'agisse d'*assurance sur corps* (assurances des navires) ou d'*assurances sur facultés* (assurance des marchandises). Elle jouait aussi bien dans le cas où le sinistre se réglait par délaissement (sinistres majeurs) que dans le cas où il donnait lieu simplement à un règlement d'avaries.

Le fait paraît d'ailleurs assez normal dans le cas de délaissement qui se traduit, comme on le sait, par l'abandon à l'assureur de la chose assurée, ou plutôt de ce qui en reste après la survenance du sinistre. L'assureur devenant ainsi propriétaire de la chose assurée par ce mode d'acquisition spécial au droit maritime, il semble tout naturel qu'il acquierre également les droits de l'assuré contre les tiers auteurs ou responsables du sinistre.

Mais la situation n'est plus la même dans le cas de

1. Voir sur ce point Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, 350. Pothier relate cette tradition et déclare que l'assureur maritime jouit d'une véritable subrogation légale dans les droits et actions de l'assuré. Cette subrogation légale ne lui paraît pas discutable et semble, au contraire, s'imposer à son esprit comme une chose évidente. Envisageant le cas où le vaisseau assuré a été endommagé à la suite d'un abordage survenu par la faute du maître d'un autre vaisseau, il dit que l'assuré *doit* céder à l'assureur ses actions contre celui par la faute de qui est arrivé l'abordage et contre son commettant.

règlement d'avaries, où l'assureur se borne à indemniser l'assuré du dommage qu'il a subi. Néanmoins, la subrogation lui était pareillement reconnue et il pouvait exercer au lieu et place de l'assuré tous les droits nés de l'accident d'où provenaient les avaries; c'est ainsi qu'en cas d'abordage l'assureur était subrogé dans les droits de l'assuré contre le capitaine du navire qui avait causé l'abordage par sa faute et contre le propriétaire de ce navire responsable en vertu de l'article 216 du Code de commerce ¹.

Cette subrogation de l'assureur maritime, qui s'est maintenue de nos jours avec les mêmes caractères ²,

1. Voir Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, 14^e éd., p. 880 et s.

2. Cette subrogation se trouve consacrée d'une manière toute particulière par un jugement du Tribunal civil de la Seine du 30 mars 1935. Voir *Gaz. Pal.*, 1935, 2, 111. Il résulte de ce jugement que l'assureur maritime qui rembourse à son assuré la contribution provisoire d'avarie commune est subrogé dans tous les droits de son assuré sur cette contribution. Cette subrogation se produit *de plein droit et par le fait même du remboursement, sans qu'il soit besoin d'une quittance subrogative et encore moins d'une signification*. Il est, en effet, rappelé que cette subrogation fondée sur un usage constant en matière maritime est opposable aux tiers. La Cour de cassation a d'ailleurs été appelée à trancher la question et elle a reconnu formellement que, « d'après un usage constant en cette matière, l'assuré est censé, quand il reçoit l'indemnité, subroger l'assureur dans ses droits contre l'auteur du dommage ». Cass. civ., 10 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.1.147, S. 1924.1.257, D. 1924.1.176.

Le jugement susvisé du Trib. civ. de la Seine présente par ailleurs un intérêt particulier quant à la portée de la subrogation de l'assureur maritime. *En droit terrestre*, comme l'indique actuellement l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, l'assureur est subrogé dans les droits de son assuré « contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ». *En droit maritime*, la subrogation n'est pas limitée au seul recours contre le tiers auteur du dommage : la jurisprudence a étendu largement l'effet de la subrogation au bénéfice de l'assureur, dès l'instant que l'assuré pouvait exercer une action, qu'elle soit fondée sur un délit ou quasi-délit ou sur une faute contractuelle ou même sur une simple obligation contractuelle. La subrogation doit se produire quelle que soit la nature juridique du droit de l'assuré ; car ce

avait pour explication, sinon pour fondement, le principe que le contrat d'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité¹ et que, par suite, il ne doit pas être pour l'assuré un moyen d'acquérir, mais de conserver. De ce principe se dégagent les conséquences suivantes : 1° On ne peut pas faire assurer une chose au-delà de sa valeur; 2° On ne peut pas faire assurer plusieurs fois la même chose contre les mêmes risques de manière à ce qu'au total les sommes assurées dépassent l'entière valeur des choses assurées.

Lorsque apparurent les assurances terrestres, notamment l'assurance incendie qui fut la première usitée, ces mêmes principes furent immédiatement appliqués et, corrélativement, les assureurs purent penser qu'ils devaient bénéficier de la subrogation dans les droits de l'assuré au même titre que l'assureur maritime. Mais il n'en fut pas ainsi ; les règles du droit commercial et du droit civil ont en effet des caractères très différents²; on connaît notamment l'importance et la valeur des usages en matière commerciale, qui ont force de véritables lois. La subrogation de l'assureur

dernier, une fois désintéressé par l'assureur, ne doit, en aucun cas, pouvoir toucher une seconde fois le montant du sinistre des mains d'un tiers quelconque.

1. Emerigon, *Assurances*, éd. de 1827, t. I, p. 13.

2. On peut citer, par exemple, le cas de la cession de créance qui, en droit civil, n'est opposable aux tiers qu'après avoir été signifiée au débiteur ou bien acceptée par acte authentique, conformément à l'article 1690 du Code civil. En droit commercial, cette règle comporte de nombreuses exceptions, notamment en matière de lettres de change, billets à ordre, chèques, mandats, connaissements et, généralement, tous titres à ordre; le simple endossement constitué par l'apposition de la signature du cessionnaire au verso du titre suffit à transférer la propriété. Ces règles sont, évidemment, commandées par les nécessités du commerce terrestre où les règlements doivent s'effectuer rapidement et avec le minimum de formalités.

maritime, qui se réclamait d'un antique usage, présentait ce caractère. Mais on comprend facilement qu'elle ne pouvait être transposée purement et simplement dans le domaine du droit civil, auquel se rattachaient les assurances terrestres.

Aussi les assureurs songèrent-ils tout naturellement à invoquer l'article 1251 du Code civil qui, par son alinéa 3, accorde en termes très généraux le bénéfice de la subrogation légale « à celui qui, étant tenu *avec d'autres ou pour d'autres* au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Comme son nom l'indique, cette subrogation trouve sa source dans la loi, elle se produit de plein droit, sans qu'il y ait lieu de la stipuler expressément. Mais elle suppose nécessairement l'existence d'une dette identique et commune.

Or, une brève analyse suffit à montrer qu'il n'en est pas ainsi dans le cas de l'assureur; s'il paie l'indemnité à l'assuré, c'est uniquement pour acquitter une dette résultant directement du contrat d'assurance et qui n'a absolument rien de commun avec l'obligation qui incombe au tiers de réparer le dommage qu'il a causé. Incontestablement l'assureur paie sa dette personnelle, et non celle d'autrui. La preuve, comme le dit très justement Leproust ¹, c'est qu'il ne serait pas moins tenu de cette dette, lors même que le locataire, par exemple, ne serait pas tenu de payer au propriétaire dans le cas où il prouverait que la maison a été incendiée par cas fortuit, ou bien si sa responsabilité ne pouvait pas être retenue. L'assureur doit payer même s'il n'y a pas de tiers responsable ou si le tiers responsable n'est pas tenu à une réparation

1. Leproust, thèse, Bordeaux, 1914, p. 25.

civile. C'est en ce sens que les tribunaux tranchèrent la question dès qu'elle fut portée devant eux et ils refusèrent sans hésitation à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale ¹.

Ne pouvant agir au nom de l'assuré par le moyen de la subrogation, l'assureur fut alors amené à fonder sur lui-même et sur le contrat d'assurance la base de son action. La responsabilité du tiers s'est alors trouvée directement engagée vis-à-vis de l'assureur, en vertu du principe très général de l'article 1382 du Code civil.

D'abord admis et consacré, ce mode de recours fut ensuite presque unanimement rejeté, lorsque son application aux assurances de personnes en eût fait ressortir les vices et le manque de base véritable.

Entre temps néanmoins et pour éviter certains inconvénients de l'action directe, la question avait été, de nouveau, placée sous son aspect réel, celui d'une obligation née entre le tiers et l'assuré. Comment déplacer l'incidence de cette obligation pour que l'assureur puisse légitimement en poursuivre l'exécution ? La pratique créa la clause de subrogation, clause insérée dans la police et réalisant la substitution re-

1. Req. 2 mars 1829. D. Rép. v. *Ass. Terr.*, n° 247. Par la suite, jurisprudence constante sur ce point. V. notamment Req. 22 déc. 1852, D. P. 1853.1.93, S. 1853.1.109 ; Cass. civ., 2 juillet 1878, D. P. 1878.1.345 ; et, plus récemment, Req., 18 avril 1932, *Rec. Per. Ass.*, 1932, p. 219 ; *Gaz. Pal.*, 1932.2.207. Dans ce dernier arrêt où l'on peut s'étonner de voir encore la question plaidée malgré l'invariabilité de la jurisprudence sur ce point, la Cour de cassation maintient son point de vue et rejette le pourvoi, « attendu qu'à bon droit l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer à la cause l'article 1251 du Code civil ; qu'en effet, il ne saurait être question, dans l'espèce, de subrogation légale, l'assureur qui acquitte l'indemnité en cas de sinistre ou d'accident ne paie pas pour autrui, mais se libère de sa propre dette ».

cherchée. Cette clause, qui devint de style, était-elle parfaitement orthodoxe ? C'est très discutable. Quant à sa dénomination elle-même, jusqu'à quel point était-elle exacte ? Y avait-il subrogation conventionnelle ou simplement promesse de subrogation ? Aucune de ces qualifications ne fut reconnue satisfaisante et tout en consacrant sa validité, doctrine et jurisprudence décidèrent qu'on se trouvait en présence d'une cession de droits éventuels.

Il semble d'ailleurs que cette terminologie n'ait pas véritablement été introduite dans la pratique, fidèle à l'idée de subrogation (sauf en assurance-incendie) et c'est ainsi que le terme subrogation fut repris et officiellement consacré dans l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930. Nous verrons par la suite ce qu'il y a lieu de penser de cette querelle de mots. Pour l'instant il nous faut retracer l'évolution qui s'est faite au sujet du recours de l'assureur en indiquant les principales doctrines et constructions juridiques auxquelles il a donné lieu.

Dans cet esprit et bien que la question ne présente plus actuellement aucun intérêt pratique, nous allons consacrer un court exposé à la thèse qui reçut jusqu'au début de ce siècle de nombreuses applications, suivant laquelle l'assureur était admis à recourir contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un droit propre fondé sur l'article 1382 du Code civil.

Dans un deuxième chapitre, nous traiterons ensuite de l'usage des clauses de subrogation-cession insérées encore actuellement par les assureurs dans les polices et nous examinerons les questions intéressantes d'ordre théorique ou pratique qui peuvent se poser à leur sujet.

CHAPITRE PREMIER

DES MOTIFS QUI ONT FAIT ADMETTRE, PUIS REJETER L'ACTION DIRECTE DE L'ASSU- REUR FONDÉE SUR L'ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL.

L'action directe de l'assureur représente un cas typique de théorie fausse parce que superficielle et nous fournit en même temps l'exemple d'un des revirements les plus complets qui puissent se produire en doctrine comme en jurisprudence.

Le fait qu'une telle action ait pu être accordée à l'assureur apparaît surtout, à notre avis, comme une conséquence de la double proposition que nous avons déjà énoncée et qui domine vraiment la question. L'assuré, nous le rappelons, ne doit pas être indemnisé deux fois pour un seul et même dommage, mais le tiers ne doit pas se trouver déchargé de l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute. Or c'est cependant ce qui va se produire si l'assureur ne s'est pas ménagé la possibilité de recourir contre lui par une clause spéciale insérée dans la police. D'une part en effet toute action est refusée à l'assuré du fait qu'il se trouve déjà indemnisé par l'assureur et d'autre part ce dernier, nous l'avons vu, ne peut prétendre à aucune subrogation légale. Par l'effet de l'acte de pré-

voyance de sa victime qui a eu soin de s'assurer et par l'imprévoyance de l'assureur qui n'a pas pris les précautions nécessaires, l'auteur du dommage va donc se trouver déchargé de toute responsabilité et bénéficiaire ainsi, contrairement aux plus élémentaires principes du droit et de la morale, d'un contrat auquel il n'a pas été partie.

L'action directe de l'assureur est apparue précisément comme un moyen d'éviter ce fâcheux résultat et les tribunaux, toujours soucieux d'équité, l'ont accueillie, semble-t-il, avec beaucoup de faveur.

La première décision qui consacra expressément cette solution fut un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 décembre 1852, rendu en matière d'assurance contre l'incendie. Cet arrêt établit nettement qu'il ne s'agit pas de subrogation, mais bien d'une action directe fondée sur l'article 1382 en raison du préjudice causé à l'assureur ¹. Les tribunaux eurent par la suite l'occasion de se prononcer sur des cas identiques et ils le firent chaque fois en termes aussi formels ².

1. Cass. civ., 22 déc. 1852, D. P. 53.1.93 ; S. 53.1.109, « L'action intentée par l'assureur en vertu de l'article 1382 du Code civil, contre l'auteur d'un incendie dont il est tenu de répondre, est recevable comme compétant personnellement et en l'absence de toute subrogation, à tous ceux qui ont subi un préjudice par le fait d'autrui. »

2. Voir notamment Chambéry, 5 février 1881, D. P. 82.2.238. « Les dispositions des articles 1382 et 1383 sont aussi générales dans leurs termes qu'étendues dans leurs applications ; elles ne font aucune distinction ni aucune réserve, et constituent, en quelque sorte, un droit commun applicable à tous les citoyens, quelles que soient leur situation ou leurs entreprises particulières ; il n'y a donc aucune raison d'exclure de ce droit une Compagnie d'assurances contre l'incendie et de la cantonner exclusivement dans ses droits respectifs avec ses assurés, en l'excluant des droits et actions qui peuvent lui compéter personnellement à

En même temps, la doctrine se montrait à peu près unanime dans le même sens et les principaux auteurs s'accordaient à reconnaître que l'action directe de l'assureur était parfaitement fondée en droit comme en équité. On peut citer notamment Alauzet, Lyon-Caen et Renault, Demolombe, Larombière, Lefort, Wahl¹.

D'après cette théorie, l'action de l'assureur trouvait sa base dans la notion de quasi-délit. On estimait que le tiers causait un préjudice à l'assureur en le mettant par son fait dans l'obligation de verser une indemnité qu'il n'aurait payée que plus tard ou qu'il n'aurait peut-être jamais eu à payer. Il transformait ainsi en obligation *immédiate* une obligation qui était simplement *conditionnelle* et les tribunaux trouvaient dans ce fait les éléments constitutifs d'un préjudice qu'il était tenu de réparer en vertu de l'article 1382 du Code civil². L'importance du préjudice était tout naturellement évaluée au montant de la somme dé-

l'égard des tiers et notamment de l'auteur d'un sinistre qu'elle est tenue de réparer. »

De même, Civ. cass., 12 août 1872, D. P. 72.1.293. « Tout fait qui, à partir du jour où court l'assurance, produit le risque prévu et met l'assureur dans la nécessité d'acquitter envers les assurés les obligations nées du contrat d'assurance, cause à l'assureur un dommage dont il a droit d'exiger la réparation de celui par la faute duquel l'événement est arrivé ; en exerçant cette action, l'assureur n'agit point comme cessionnaire des droits de l'assuré ; mais en vertu d'un droit qui lui est propre et qui trouve sa base dans les dispositions de l'article 1382 du Code civil. »

1. Alauzet, *Traité général des Assurances*, t. II, n^{os} 478 et 486, Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, 1885, t. II, n^o 2444, Larombière, *Théorie et Pratique des obligations*, art 1382, 1383, n^o 36. Demolombe, *Traité des engagements*, t. XXXI, n^o 673. Lefort, *Traité de l'assurance sur la vie*, t. II, p. 131. Wahl, note au Sirey, 1903.2.257, sous Amiens, 7 déc. 1902.

2. En ce sens, Lyon-Caen, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1882, p. 524. « Il n'est pas douteux que le fait du tiers par suite duquel s'est réalisé le risque dont répond l'assureur, a causé à cet assureur un dommage. »

boursée par l'assureur, puisque, d'après le principe de l'assurance-contrat indemnitaire, cette somme devait correspondre exactement au dommage subi. On faisait observer que la situation du tiers ne se trouvait pas aggravée puisque s'il n'y avait pas eu d'assurance c'est cette même somme qu'il aurait dû payer à sa victime.

A première vue, cette théorie très simple pouvait paraître juste ; mais en vérité, c'était surtout une théorie facile. Elle bénéficiait tout d'abord de la portée très large qui est incontestablement reconnue à l'article 1382 du Code civil. D'autre part elle faisait appel à la notion de préjudice indirect pour établir une relation de cause à effet entre le fait illicite du tiers et le préjudice invoqué. Or il faut bien reconnaître que cette notion de préjudice indirect n'est pas toujours très nette et qu'il apparaît difficile de fixer des limites à son champ d'application. Par ailleurs, on éludait la règle *res inter alios acta*, reproduite par l'article 1165 du Code civil, en vertu de laquelle les contrats ne peuvent pas avoir d'effets vis-à-vis des tiers. Or, par le simple fait de fixer le dommage au montant de l'assurance, il est certain qu'on faisait indirectement produire effet au contrat vis-à-vis du tiers. Enfin, le préjudice était affirmé, mais non prouvé ; et d'autre part, si préjudice il y avait, on ne cherchait pas à en déterminer le montant réel, compte tenu du fait que l'assureur ne subissait pas une perte sèche, puisqu'il avait reçu des primes pour la couverture du risque ¹. On faisait abstraction également de

1. Sur ce point, v. Moret, thèse, Paris, 1913, p. 101. « Une raison de refuser à l'assureur un recours direct contre le tiers est

l'aléa qui pesait sur l'assureur au sujet de la réalisation du risque, laquelle, si elle n'avait pas été amenée par la faute du tiers, aurait pu l'être par suite d'autres circonstances.

Cette théorie avait donc une base très discutable ; mais pour qu'on en saisît tout le côté artificiel, il fallait qu'elle fût appliquée aux assurances de personnes, et principalement aux assurances sur la vie, lesquelles ne prirent véritablement d'extension que dans le dernier quart du *xix^e* siècle.

Lorsque la question fut portée pour la première fois devant les tribunaux, ceux-ci ne songèrent d'ailleurs pas à faire de différence et ils se bornèrent à confirmer purement et simplement la solution adoptée en matière d'assurances de choses¹, solution qui

la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, d'évaluer le prétendu préjudice qui lui aurait été causé. Il est bien entendu que le préjudice sera limité à la somme assurée ; mais il est bien certain qu'il ne sera pas égal à la totalité de cette somme. »

1. C. d'Ass. du Jura, 28 juin 1884. *L'Union c. Pauly*, S. 85.2. 219. « L'assassinat d'une personne assurée sur la vie porte directement préjudice à l'assureur, en l'obligeant à verser le montant de l'assurance convenue à une époque antérieure à celle où, suivant les prévisions naturelles, il aurait dû faire ce paiement ; ce préjudice est, au profit de l'assureur, une source de dommages-intérêts. »

Civ. Seine, 13 juin 1889, *L'Aigle c. Omnibus J. A.* 99.497, R. P. 99.425. « On doit étendre aux assurances sur la vie le principe admis en matière d'assurance c. l'incendie, les risques maritimes ou les accidents, suivant lequel la Compagnie, obligée par le fait d'un tiers à payer le montant de l'assurance a. contre ce tiers une action fondée sur le préjudice direct et déterminé qu'elle a subi et sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil. »

Civ. Laon, 7 mai 1902. *La Foncière c. Société de Toulis*. D. P. 1903.2.314. « Une Compagnie d'assurances sur la vie est recevable à agir par voie d'action personnelle et directe et comme ayant ressenti un préjudice, contre l'auteur responsable du décès de l'assuré ; en effet les dispositions de l'article 1382 du C. civ. sont générales et absolues, elles ne réservent pas uniquement l'action en indemnité à celui qui a été directement victime du dommage ou à ses héritiers, mais l'attribuent à quiconque a souffert un dommage dérivant d'une faute. »

paraissait bien assise et à laquelle s'attachait l'autorité de la Cour de cassation. La situation n'était cependant pas tout à fait la même ou plutôt, si elle semblait l'être dans son principe, elle ne l'était plus du tout dans ses conséquences; et sur deux points notamment, l'application de l'action directe aux assurances de personnes allait faire naître de graves difficultés.

En effet, en cette matière, la fixation et le paiement de la somme assurée ne sont pas régis par le principe indemnitaire, car il est évident que ce qui touche aux personnes échappe, de par sa nature, à toute évaluation précise. Par suite la somme assurée se trouve conventionnellement et librement fixée dans la police, et bien qu'elle corresponde à un risque déterminé, elle ne saurait représenter la mesure exacte du préjudice attaché à ce risque. D'où cette double conséquence à l'égard du tiers qui par son fait amènera la réalisation du risque :

— d'une part, il pourra y avoir une disproportion parfois très grande entre le préjudice réellement causé par lui à l'assuré et la somme prévue au contrat, que lui réclamera l'assureur ;

— d'autre part, il pourra se trouver exposé à un double recours émanant à la fois de l'assureur et de l'assuré ou de ses ayants droit; car, ces deux recours ayant une cause juridique différente, il n'est nullement obligatoire qu'ils s'imputent l'un sur l'autre.

Ce résultat assez choquant, qui ne pouvait se produire en matière d'assurances de choses, était impossible à éviter dans les assurances de personnes. Aussi les tribunaux, après quelques hésitations, revinrent-ils sur leur première opinion et on put assister bien-

tôt à un renversement complet de l'ancienne jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne les assurances de personnes. La première décision importante en ce sens fut un arrêt de la Cour d'Amiens du 4 novembre 1902¹, rendu contre la Compagnie d'assurances sur la vie « La Foncière », dont l'action avait été admise en première instance par le Tribunal civil de Laon.

Nous reviendrons sur ce point dans un chapitre ultérieur qui sera spécialement consacré aux assurances de personnes. Pour l'instant, nous nous bornons à l'indiquer, car il marque un point décisif dans l'histoire du recours direct de l'assureur. Mais il convient de souligner que, si la nouvelle jurisprudence ne fut instaurée et appliquée que pour les assurances de personnes, il semble que la solution adoptée ait été implicitement étendue aux assurances de choses, car, pour ces dernières, on constate que la question n'a pour ainsi dire plus été soumise aux tribunaux. On peut néanmoins se demander si un doute n'a pas subsisté à cet égard, car on trouve encore par la suite des opinions favorables au recours direct de l'assureur en matière d'assurances de choses², alors que la

1. Amiens, 4 nov. 1902. Société de Toulis c. La Foncière. D. P. 1903.2.317.

2. On peut même relever des décisions récentes où la question du recours direct a été plaidée, ce qui atteste la survivance de l'ancienne théorie. V. Req. 18 avril 1932. *Rec. Per. des Ass.*, 1932, p. 219, *Gaz. Pal.*, 1932.2.207. Dans cette affaire de responsabilité pour dommages causés aux tiers la Cour a rejeté le recours de l'assureur fondé sur l'article 1382, C. civ., dans les termes suivants : « Attendu qu'attribuer à l'assureur un recours contre l'auteur de l'accident, ce serait lui procurer un bénéfice purement gratuit et manifestement contraire au caractère aléatoire du contrat d'assurance, en vertu duquel la réparation du risque envisagé a été par avance compensée et couverte par les primes qu'il

question n'est guère plus discutée pour les assurances de personnes.

Il faut noter d'ailleurs que dans les assurances de choses, l'utilité de l'action directe n'était que secondaire, étant donné l'usage bien établi des clauses de subrogation; ces dernières avaient par ailleurs l'avantage de faire bénéficier l'assureur des garanties ou présomptions spéciales dont pouvait jouir l'assuré, telles notamment que la présomption de faute établie contre le locataire par l'article 1733 du Code civil en matière d'incendie¹, alors que l'action personnelle fondée sur l'idée de préjudice ne lui permettait pas de s'en prévaloir. Quoi qu'il en soit, il est bien certain que la base de cette action directe était vraiment artificielle, et, par la suite, de nombreux auteurs se sont efforcés de le montrer, en s'attachant à prouver que l'assureur ne subissait en fait aucun préjudice.

Pour cela, divers arguments ont été émis, qui nous paraissent d'ailleurs d'inégale valeur. Certains auteurs, comme Capitant notamment², ont cherché avec

a reçues de l'assuré, et que la faute commise par le tiers auteur de l'accident ne modifie en rien les prévisions et les conditions du contrat d'assurance qui est à l'égard de ce dernier « *res inter alios acta* ».

Voir aussi Trib. civ. Guéret, 12 mai 1937. D. H., 11 nov. 1937, p. 514.

1. Si, au contraire, l'assureur agissait en vertu de l'art. 1382 du Code civil, il ne pouvait pas invoquer cette présomption contre le locataire occupant l'immeuble incendié; par suite, il était tenu de prouver que ce locataire avait été l'auteur de l'incendie, car son action, étant soumise aux règles du droit commun, ne pouvait réussir qu'autant que la faute du demandeur se trouvait établie. Il est certain que, si les Compagnies d'assurances n'avaient eu que cette ressource, elles auraient été, la plupart du temps, privées de tout recours, vu la difficulté de preuve en la matière, la cause des incendies demeure, en effet, souvent ignorées où, du moins, ne peut que rarement être déterminée avec certitude.

2. *Rev. trim. Dr. civil*, 1906, p. 37, Colin et Capitant, *Cours él. Dr. civ.*, 7^e éd., t. II, p. 191. V. aussi Moret, thèse. Paris; 1915; p. 101.

raison à analyser le mécanisme de l'opération d'assurance, en faisant ressortir que l'assureur ne prenait pas les risques à sa charge, mais qu'il se bornait à les répartir entre les assurés moyennant des primes payées d'avance et mathématiquement calculées, et que par suite il ne devait pouvoir subir aucun préjudice.

Quant à l'objection que l'assureur prenait en considération l'éventualité du recours pour le calcul de la prime, elle ne rencontrait pas grand crédit et était généralement écartée comme une affirmation gratuite. « Nous croyons, dit Capitant, que les Compagnies à primes fixes ne tiennent pas compte de ce recours hypothétique dans la fixation du chiffre de la prime, lequel n'est déterminé que d'après l'importance et la fréquence du risque assumé¹. »

Il est un autre argument que l'on retrouve chez beaucoup d'auteurs², et qui, à notre avis, ne doit pas être retenu, car il repose sur une analyse superficielle du mécanisme pratique de l'assurance. Cet argument est le suivant : l'assurance est un *contrat aléatoire*, ce qui exclut la possibilité d'un préjudice, étant donné

1. *Op. cit.*, p. 50. De même, dans son *Traité des assurances*, t. II, n° 485, Alauzet s'exprimait ainsi : « Quant à la crainte que l'assureur n'exige une prime plus élevée des propriétaires, parce qu'ils ne pourront lui céder le privilège établi à leur profit par l'article 1733, elle est démentie de la manière la plus péremptoire par ce fait constant, ancien, universel, que ces compagnies ne font aucune diminution sur leurs tarifs, en vue de cette éventualité qu'elles savent apprécier à sa juste valeur. Elles n'établissent nullement leurs calculs sur une pareille base. »

2. V. notamment Martin, thèse Rennes, 1921, p. 21. Grillon, thèse Montpellier, 1936, p. 45. « Sans le fait du tiers, l'assureur eût été plus riche, mais l'assurance est un contrat aléatoire. Accorder le recours à l'assureur serait modifier le caractère du contrat en supprimant l'aléa. » V. aussi Leproust, thèse, Bordeaux, 1914, p. 34 et s.

que le propre d'un tel contrat est de comporter une chance de gain ou de perte pour les deux parties. Par suite, si l'on accorde un recours à l'assureur, l'aléa sera détruit à son égard et l'équilibre du contrat se trouvera rompu.

Nous estimons, quant à nous, que ce raisonnement est inexact ou tout au moins inopérant, car si l'assurance est incontestablement un contrat aléatoire, ce caractère aléatoire n'existe en fait que pour les assurés envisagés entre eux, *mais non pour l'assureur*.

Dans leur récent traité sur les assurances terrestres¹, MM. Picard et Besson jugent que ce point de vue est trop absolu; il serait vrai, disent-ils, pour les résultats généraux de l'entreprise d'assurances, mais serait sans valeur pour le contrat d'assurances, qui, considéré isolément, dans les rapports entre l'assureur et chacun des assurés, garderait sa nature juridique de contrat aléatoire.

La remarque est juste, mais elle n'a qu'une portée théorique. Dans la réalité des choses, un contrat d'assurance isolé ne se conçoit pas; suivant les termes du savant professeur italien C. Vivante², « il ne peut y » avoir contrat d'assurance que si l'assureur est re- » présenté par une entreprise techniquement orga- » nisée ». Ainsi donc, s'il est exact que le contrat

1. *Tr. gén. Ass. Terr. en Dr. fr.*, n° 109, p. 210 et s. — V. également, sur ce point, Planiol et Ripert, *Tr. prat. Dr. civ. français*, t. XI, par Lepargneur, p. 555. « En fait, grâce à l'organisation scientifique de l'assurance et au grand nombre de contrats conclus, les aléas que comportent ces contrats envisagés isolément se contrebalancent et se neutralisent. De la sorte, la suppression de l'aléa est bien le résultat économique final de ce contrat, qui est pourtant aléatoire au point de vue juridique. »

2. Cité par M. Picard et Besson, *op. cit.*, p. 9.

d'assurance présente un aspect différent, selon que l'on se place au point de vue juridique pur ou au point de vue économique et technique, il n'en demeure pas moins que ce dernier aspect, qui est celui de la réalité, domine l'autre et doit, à notre avis, être seul retenu en l'espèce.

Il faut donc considérer que l'assurance, telle qu'elle est organisée pratiquement, suppose une mutualité, c'est-à-dire un ensemble de personnes qui se groupent en vue de se garantir mutuellement contre un même risque. Le but cherché, c'est l'élimination du hasard par la division des risques. Les frais de cette mutualité sont assumés entièrement par les membres qui la composent, mais non par l'assureur, dont le rôle est de les grouper rationnellement.

D'autre part, il ne faut pas oublier non plus qu'aux termes de l'article 1964 du Code civil, un contrat peut être aléatoire, soit pour toutes les parties, *soit pour l'une d'elles seulement*. Le premier cas est celui d'un contrat conclu entre deux particuliers, tel qu'un pari ou une aliénation d'immeuble ou de capital à charge de rente viagère, il y a bien là une chance de gain ou de perte pour les deux parties. Mais, il n'en est plus de même dans le cas d'un contrat d'assurance passé entre une Compagnie faisant ce genre de commerce et un particulier. Sur ce point, nous ne pouvons mieux faire que de citer M. Capitant¹ : « La Compagnie se » contente de grouper les assurés, d'organiser entre » eux une mutualité et, avec les primes par eux versées, de payer les indemnités à ceux qui sont at-

1. *Cours élémentaire Dr. civ.*, 7^e éd., t. II, p. 20.

» teints par le sinistre. Elle ne court donc aucun
» risque, sauf le risque, tout à fait théorique, de la
» destruction d'une quantité d'immeubles supérieurs
» à la moyenne des destructions annuelles relevée par
» les barèmes. En réalité, dans l'assurance, *il n'y a*
» *d'aléa que pour l'assuré*, lequel paie une prime
» annuelle pour se protéger contre un risque qui,
» peut-être, ne se réalisera pas. » On peut dire, à cet
égard, que la situation de l'assureur présente une cer-
taine analogie avec celle de l'Etat dans l'organisation
du pari mutuel qui fonctionne à l'occasion des cour-
ses de chevaux; l'Etat se contente de réunir les paris
faits par les joueurs et de répartir les sommes entre
les gagnants après prélèvement à son profit; il n'y a
aucun aléa pour lui.

Dans le même sens et à l'appui de notre opinion,
on peut également citer Eugène Reboul¹ qui, après
avoir expliqué pourquoi l'assurance n'est pas et ne
peut pas être un contrat aléatoire, n'hésite pas à dé-
clarer qu'elle est une convention *anti-aléatoire* :
« La sécurité des assurés, dit-il, ne serait pas par-
» faite, leur confiance ne serait pas entière, si la
» Compagnie d'assurances qui assume leurs risques
» ne les neutralisait pas, si elle courait elle-même
» quelques dangers. Il faut que l'assureur soit lui-
» même parfaitement assuré; autrement, qui assurera
» les assureurs ? *Quis custodiet custodes ?*... Ainsi,
» l'assuré n'a plus de chances de pertes, puisque l'as-
» sureur les prend à sa charge; l'assureur n'en con-
» serve pas non plus puisqu'il reçoit plus qu'il ne
» doit payer; à proprement parler, il n'a pas de

1. Reboul, *Assurances sur la vie*, 5^e éd., p. 30 et s.

» *sinistres*, il n'a que des *échéances*, et ses bénéfices
» sont aussi assurés que ceux d'une ferme en Nor-
» mandie. »

De tout ceci, il résulte clairement que, pour montrer que l'assureur ne subit aucun préjudice, il est inutile et même inexact de faire appel à la notion de contrat aléatoire, en déclarant que le caractère aléatoire de l'opération d'assurance est exclusif de la notion même de préjudice. Si la possibilité d'un préjudice doit être refusée à l'assureur, c'est uniquement en regard du fonctionnement même de l'assurance; mais l'élément aléatoire ne doit pas être pris en considération, car l'assurance a précisément pour but d'éliminer cet aléa en appliquant les données mathématiques de la statistique au sein de la mutualité des assurés. On a dit également qu'il ne pouvait pas être dû de dommages-intérêts à celui qui s'est exposé volontairement au dommage dont il se plaint. Là aussi, il convient de faire une remarque, car si l'assureur semble être exposé à des dommages, ce n'est en fait qu'une pure apparence. Il serait plus vrai de dire que l'assureur s'expose *professionnellement à réparer des dommages*; en cela, en effet, il ne fait pas acte benévole et il ne confie pas non plus au hasard le soin de décider de l'issue de ses opérations; ces dernières, au contraire, sont effectuées rationnellement avec le maximum de sécurité et, pour tout dire, d'une manière commerciale. Les sinistres qu'il règle sont payés, quelle que soit leur cause, sur le montant des primes qu'il encaisse et non de ses deniers personnels. Il ne faut pas croire, en effet, que le capital social d'une Compagnie d'assurances est

destiné au paiement des indemnités. La Compagnie n'est qu'un intermédiaire chargé de gérer la mutualité des assurés, et elle fait en sorte que cette gérance lui laisse un bénéfice personnel destiné à rémunérer ses actionnaires.

On peut d'ailleurs raisonnablement penser que, s'il y avait vraiment un aléa pour l'assureur, l'assurance n'aurait jamais atteint le formidable développement auquel elle est arrivée de nos jours. Si donc, théoriquement, les opérations de l'assureur sont susceptibles de lui laisser une perte, on ne peut l'admettre qu'en se plaçant à un point de vue technique, en considérant par exemple que ses affaires sont mal gérées ou qu'il y a fixation insuffisante du taux des primes. Mais, en tout état de cause, la réalisation du sinistre par le fait d'un tiers ne saurait être considérée comme lui causant un préjudice¹; par suite, c'est bien à tort que la jurisprudence a cru pouvoir lui reconnaître pendant longtemps, une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil. En vérité, il semble bien qu'elle ait été influencée en cela par le résultat à atteindre, qui était de ne pas laisser le tiers échapper à l'obligation de réparer sa faute, puisque par ailleurs, elle refusait traditionnellement à l'assu-

1. L'idée de préjudice pourrait, à la rigueur, être admise pour les assurances mutuelles, dans lesquelles les assurés groupés sont, en somme, leurs propres assureurs; ils ne paient de primes qu'en proportions des sinistres effectivement subis par l'un ou plusieurs d'entre eux, on pourrait dire que, sans le fait de tiers, leurs cotisations auraient été moins fortes et, dans cette mesure, il y aurait préjudice causé à la mutualité. Mais, en fait, pour éviter les inconvénients de la variabilité, les sociétés d'assurances mutuelles ont pris l'habitude de demander une cotisation fixe à leurs adhérents, soit qu'elles la calculent à un chiffre assez élevé pour couvrir tous les risques, soit qu'elles limitent à l'avance le maximum de sommes à répartir entre les assurés à indemniser.

ré dédommagé toute action contre lui. Il n'en demeure pas moins que la base juridique donnée au droit de l'assureur était fausse et, reprenant le mot d'un juriste irrévérencieux, on peut dire qu'en l'occurrence l'article 1382 a rempli une fois de plus « son rôle de bonne à tout faire du Code civil ».

Ayant ainsi exposé les motifs et les circonstances qui ont amené la jurisprudence à se rétracter sur la recevabilité de cette action, nous allons maintenant examiner comment les assureurs ont résolu pratiquement la question du recours contre les tiers par l'insertion dans la police d'une clause dite de subrogation. L'usage de cette clause est très ancien, mais son étude est toujours d'actualité, car elle est encore couramment utilisée par les assureurs, malgré la subrogation instituée à leur profit par l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930.

Nous verrons d'ailleurs que s'il en est ainsi, ce n'est nullement par respect de la tradition ou dans un esprit de routine, mais bien parce que les assureurs y trouvent intérêt, car les effets de cette clause ne se confondent pas avec ceux de la subrogation et leur permettent d'obtenir des résultats que cette dernière ne pourrait leur donner.

CHAPITRE II

DE L'ACTION DE L'ASSUREUR RÉSULTANT D'UNE CLAUSE INSÉRÉE DANS LA POLICE

Lorsque les assureurs se virent refuser par les tribunaux le bénéfice de la subrogation légale, ils songèrent à utiliser la convention pour obtenir indirectement ce qui ne leur était pas accordé de plein droit. On vit alors apparaître et se généraliser, notamment dans les polices d'assurances contre l'incendie, une clause qui allait devenir de style sous le nom de « clause subrogative », et qui était ordinairement libellée dans les termes suivants : « La Compagnie » se réserve, en cas d'incendie, ses droits et tous ceux » de l'assuré contre tous garants généralement quelconques, à quelque titre que ce soit, et notamment » contre les locataires, voisins, propriétaires, auteurs » de l'incendie, associations d'assurances mutuelles, » assurances à primes ou autrement. A cet effet, » l'assuré, en ce qui le concerne, la subroge, sans » garantie, par le seul fait de la présente police, et » sans qu'il soit besoin d'aucune autre cession, transport, titre ou mandat, à tous ses droits, recours ou » actions. L'assuré est tenu, quand la Compagnie » l'exige, de réitérer ce transport par acte séparé et

» notarié, comme aussi de réitérer la subrogation
» dans la quittance de dommage »¹.

On ne peut s'empêcher de remarquer le caractère à la fois touffu et imprécis d'une telle clause, dans laquelle s'entremêlaient les termes de subrogation, de cession, de transport, sans qu'on sache très bien s'ils faisaient double emploi ou s'ils étaient tous nécessaires. Quoi qu'il en soit, il était généralement admis que cette clause emportait subrogation au profit de l'assureur, des droits et actions de l'assuré contre les auteurs responsables du sinistre, et lui permettait ainsi d'exercer en son lieu et place l'action en dommages-intérêts née sur sa tête.

En fait, on s'aperçut assez rapidement que cette clause n'était pas une subrogation conventionnelle, mais qu'elle paraissait plutôt contenir une double stipulation : tout d'abord, *une cession*, en faveur de la Compagnie, de tous les droits et recours éventuels de l'assuré contre les tiers responsables du sinistre, à quelque titre que ce soit; ensuite, *la promesse par l'assuré d'une subrogation* qui se réalisait ultérieurement au moment du paiement, par la formule suivante insérée dans la quittance d'indemnité donnée par l'assuré : « Au moyen de ce paiement, je tiens »
» quitte et décharge la Compagnie de toutes obligations relatives au dit incendie et aux dommages qui »
» en sont résultés, et je la subroge, mais sans aucune »
» garantie, dans tous mes droits, actions et recours »
» contre tous auteurs reconnus ou présumés dudit »
» incendie, et autres garants généralement quelconques, même contre tous assureurs. »

1. Clause des anciennes polices de la Foncière-Incendie.

Il était admis, en effet, que l'objet final de la clause était bien de réaliser une subrogation conventionnelle au profit de l'assureur. Mais, comme aux termes du Code civil (art. 1250), cette subrogation ne peut être faite qu'au moment même du paiement ; comme, d'autre part, l'assureur désirait garantir ses droits immédiatement et de façon sûre, il avait paru nécessaire de stipuler dans la clause une cession et une subrogation, valant promesse, toutes deux prenant effet dès la signature de la police par l'assuré. A défaut, jusqu'au paiement de l'indemnité, l'assureur n'aurait eu absolument aucun droit et, par suite, aucune possibilité de préserver ses intérêts en prenant, par exemple, des mesures conservatoires ; d'autre part, l'assuré aurait pu faire des difficultés pour consentir la subrogation au moment du paiement ; car, s'il est bien certain que l'assureur était tenu d'indemniser l'assuré, il est également certain qu'aucune disposition légale n'obligeait ce dernier à subroger l'assureur dans ses droits contre le tiers responsable.

La cession et la promesse de subrogation avaient respectivement pour but d'éluder ces divers inconvénients. Par la première, l'assureur acquerrait les droits éventuels de l'assuré, et ce, dès la signature de la police. Par la deuxième, il prenait ses précautions contre un refus éventuel de l'assuré de consentir la subrogation. Quoi qu'on ait pu penser à ce sujet, il semble donc bien que chaque terme avait son utilité particulière. Il en résultait néanmoins un assemblage assez bizarre qui rendait difficile, sinon impossible, toute définition vraiment juridique et qui, dans la pratique, devait soulever des difficultés assez délicates.

Dans une première section, nous allons examiner la clause au point de vue juridique pur, et nous verrons ainsi qu'elle se présente comme une convention « sui generis », tenant à la fois de la cession et de la subrogation. Dans une deuxième section, nous traiterons plus spécialement de son application pratique et de ses effets.

SECTION I

De la nature juridique de la clause de cession-subrogation.

La validité de la clause dite subrogative ne fut pour ainsi dire jamais contestée par les tribunaux; mais sur sa nature même et sur la qualification à lui donner, les discussions furent nombreuses. Certes, en matière contractuelle, la convention fait la loi des parties; on doit donc appliquer une convention telle qu'elle a été conclue, même si elle comporte des anomalies ou des conséquences injustes; mais encore faut-il que cette convention soit claire et se rapporte à une opération juridiquement valable. Or, la clause subrogative était loin de remplir ces conditions.

Comme son nom l'indique, cette clause était destinée, dans l'esprit des assureurs, à réaliser à leur profit une subrogation conventionnelle au sens de l'article 1250 du Code civil, en vertu duquel le créancier qui reçoit son paiement d'une tierce personne a la faculté de la subroger dans ses droits et actions contre le débiteur.

Seulement, les assureurs semblaient perdre de vue que le motif qui avait conduit les tribunaux à leur refuser la subrogation légale conservait toute sa valeur sur le plan de la subrogation conventionnelle. En effet, qu'elle soit légale ou conventionnelle, la subrogation suppose obligatoirement un paiement effectué à la place du débiteur par un tiers, qui acquitte ainsi une dette sans y être personnellement et directement tenu¹. Or, il est certain que l'assureur n'est pas un tiers dans ce sens-là, car en indemnisant l'assuré, il ne fait qu'acquitter sa propre dette, mais non celle de l'auteur responsable du sinistre. Entre ce dernier et l'assureur, il n'y a « a priori » aucun lien de droit. Il y a donc deux dettes différentes, alors que la subrogation suppose une seule et même dette. Il n'y a donc pas matière à subrogation.

A cette objection de fond venait s'en ajouter une autre, tenant à la façon dont était consentie la prétendue subrogation. Elle résultait, nous l'avons vu, d'une clause insérée dans le corps de la police; de ce fait, elle était censée se réaliser au moment même de la formation du contrat, donc avant tout paiement.

Or, aux termes de l'article 1250 du Code civil, elle doit avoir lieu « en même temps que le paiement », et, à notre avis, cette concomitance doit être considérée comme une condition « sine qua non ». Tout le

1. Selon la définition d'Aubry et Rau, la subrogation est une fiction juridique admise ou établie par la loi, fiction en vertu de laquelle une obligation éteinte au moyen d'un paiement effectué par un tiers ou par le débiteur avec les deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce tiers, qui est autorisé à faire valoir, dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier.

monde admet que la subrogation ne peut pas intervenir *après* le paiement, car on ne doit pas pouvoir faire revivre une créance définitivement éteinte par un paiement fait sans réserve. Mais, sur le point de savoir si elle peut être stipulée *avant*, les avis sont partagés¹. Nous estimons, quant à nous, que cette possibilité doit être rejetée². De par la loi, la subrogation est, en effet, l'accessoire d'un paiement, et elle n'existe que par lui, la subrogation consentie avant le paiement ne peut valoir que comme promesse de subrogation. Les assureurs ne l'ignoraient d'ailleurs pas; car, par prudence, ils prenaient soin de stipuler que l'assuré devrait, le cas échéant, réitérer la subrogation dans la quittance de règlement.

Quoi qu'il en soit, la subrogation anticipée contenue dans les polices était irrégulière; mais pouvait-elle, tout au moins, être considérée comme une promesse de subrogation, ainsi qu'on l'a parfois soutenu¹ ? Non, de toute évidence. Une semblable promesse serait certainement licite; mais, pour qu'il puisse y avoir promesse de subrogation, il faudrait que la subrogation fût, elle-même, possible, ce qui n'est pas le cas.

Une autre condition manquait encore pour que la subrogation puisse être réalisée, c'était le remboursement de la créance par le subrogé au subrogeant au

1. Pour certains auteurs, ce qui est nécessaire, c'est que la subrogation intervienne au plus tard au moment où le créancier reçoit son paiement, c'est-à-dire avant que ne soient éteints la créance même et les droits à transmettre au tiers subrogé. — V. en ce sens : Planiol et Ripert, *Tr. prat. de Dr. civ.*, t. VII. *Les obligations*, par Esmein, Radouant et Gabolde, n° 1222 p. 554.

2. En ce sens v. notamment Colin et Capitant. *Op. cit.*, t. II, p. 295, et Josserand, *Cours Dr. civ. pos. fr.*, 2^e édit., t. II, n° 889.

1. V. Code des Assurances Dalloz, 1912, p. 232, n°s 1725 et 1768.

moment même de la convention; il est évident qu'une telle condition n'était pas et ne pouvait pas être remplie. Les tribunaux l'ont maintes fois souligné et c'est notamment en regard de cette considération qu'ils refusèrent à la clause subrogative le caractère d'une véritable subrogation¹.

Enfin une dernière objection, d'ordre plus subtil, était encore soulevée contre la prétendue subrogation consentie par l'assuré. Comment, disait-on, l'assuré peut-il transmettre à l'assureur ses droits contre le tiers responsable, alors que précisément, ces droits se trouvent éteints à son égard par le fait même de l'indemnité qui lui est versée ?

Comme nous l'avons vu en effet, en vertu du principe que l'assurance est un contrat strictement indemnitaire, il était très généralement admis que l'assuré, une fois indemnisé, ne conservait plus aucun recours contre l'auteur du sinistre. Or, si subrogation il y avait, elle ne pouvait se réaliser que sous réserve et à la suite du paiement, c'est-à-dire au moment même où disparaissait le droit de l'assuré à obtenir réparation contre le tiers. Dans ces conditions, il paraissait difficile d'expliquer comment l'assuré pouvait passer à l'assureur, par le moyen de la subrogation, un droit qu'il n'avait plus. Suivant le vieil adage, « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ».

Cette anomalie a été maintes fois relevée en doctrine²; mais, en vérité, la remarque nous paraît un peu artificieuse et la contradiction plus apparente que

1. V. notamment Cass. 3 fév. et 5 août 1885, D. P. 86.1.173, S. 86.1.273 ; Paris, 21 mars 1905, D. P. 06.2.185 avec note de M. Capitant.

2. Capitant, *Rev. Tr. Dr. civ.*, 1906, p. 37 et s.

réelle. On pourrait répondre, en effet, qu'on donne un ordre successif à des opérations qui, en fait, sont concomitantes; car s'il est vrai que la subrogation suppose le paiement, il n'est pas moins vrai qu'elle doit obligatoirement avoir lieu en même temps que le paiement. On pourrait également soutenir qu'on attache au paiement une conséquence absolue qu'il ne comporte pas, en disant qu'il éteint les droits de l'assuré contre l'auteur du dommage. En réalité, le paiement l'empêche simplement *d'exercer* ces droits, mais ceux-ci ne sont pas éteints. La preuve c'est qu'ils vont revivre dans l'action de l'assureur, lequel va les exercer en son lieu et place. La preuve également, c'est qu'en cas d'indemnisation incomplète, l'assuré peut recourir contre le tiers pour le complément de la réparation. Le paiement ne peut donc entraîner qu'une sorte d'incapacité d'exercice, d'ailleurs relative, mais ne saurait anéantir les droits qui sont nés personnellement sur la tête de l'assuré.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la clause dite subrogative était mal dénommée et c'est pourquoi les tribunaux ont pu, à juste titre, lui dénier le caractère d'une subrogation conventionnelle, en décidant qu'il s'agissait en réalité d'une *cession de droits éventuels*¹. « Attendu, relève-t-on dans un arrêt typique de » la Cour de cassation², qu'une semblable stipulation » ne doit pas être considérée comme constituant une » subrogation conventionnelle qui serait nulle, faute

1. Orléans, 26 août 1858. D. P. 59.2.2. — Cass. 15 juillet 1874. D. P. 75.1.102. — Cass. civ., 3 fév. et 5 août 1885, D. P. 86.1.173 ; S. 86.1.273. — Cass. civ., 6 déc. 1922. — *Gaz. Pal.*, 1923.1.120, — S. 1924.1.73. — Colmar, 7 fév. 1934, *Rev. gén. des Ass. Terr.*, 1934, p. 539. — *Gaz. Pal.*, 1934.1.670.

2. Cass. civ., 5 août 1885, cité ci-dessus.

» du remboursement de la créance par le subrogé au
» subrogeant au moment même de la convention, mais
» une cession de droits éventuels et aléatoires soumis
» à la seule condition de l'événement de l'incendie
» des immeubles assurés. »

Malgré quelques résistances¹, cette mise au point de la jurisprudence fut ratifiée par la grande majorité des auteurs; mais dans la pratique, on n'en continua pas moins pendant longtemps à dénommer la clause de recours clause subrogative et à lui conserver la rédaction initiale, pourtant défectueuse.

A cela, il y a sans doute deux raisons; premièrement, l'idée de subrogation était solidement implantée dans les esprits; deuxièmement, il ne s'ensuivait aucun inconvénient direct, puisque les tribunaux déclaraient la clause nulle en tant que subrogation, mais la reconnaissaient valable à titre de cession.

A cet égard, les tribunaux ne faisaient d'ailleurs que se conformer à la règle traditionnelle en matière d'interprétation des contrats, règle d'après laquelle il faut toujours et avant tout rechercher l'intention des parties, sans s'attacher outre mesure aux termes employés, qui peuvent être vagues ou inexacts. Par suite, le simple fait que les parties ont donné à leur convention une dénomination inexacte ne doit pas en

1. Ch. Lyon-Caen note, sous les arrêts de 1885 susvisés : « Pourquoi, dit-il, l'usage de la clause subrogative s'est-il répandu ? Pour suppléer à l'absence de la subrogation légale. La clause a pour but d'établir par la convention ce qui ne peut pas être admis en vertu de la loi elle-même. Or, l'opération qui correspond exactement à la subrogation légale est la subrogation conventionnelle, ce n'est point la cession de créance. La subrogation conventionnelle a même, selon la doctrine générale, les mêmes effets que la subrogation légale. »

entraîner l'inefficacité; une fois dégagée l'intention véritable des parties, il faut faire produire à l'acte tous les effets qu'elles ont voulu y attacher, pourvu que ces effets soient licites. Comme le dit Leproust ¹, « la convention doit être interprétée *potius ut valeat*; or, l'opération qui correspond à l'intention des parties ne peut être que la cession ».

Puisque la clause produisait ainsi tous ses effets, on pourrait être tenté de croire que le problème se réduisait à une pure question de mots et ne présentait, au point de vue pratique, aucun intérêt. Ce ne serait cependant pas tout à fait juste. Certes, il faut reconnaître que la subrogation accessoire au paiement et la cession de créance présentent, quant à leur résultat, beaucoup d'analogies; elles se ressemblent même parfois au point qu'il est difficile de les distinguer. Les deux opérations sont néanmoins profondément différentes dans leur nature, la première relevant d'une notion d'équité, l'autre constituant en principe un acte de spéculation, une véritable vente.

Dans notre cas, la question se trouvait surtout dominée par le résultat à atteindre, le recours à donner à l'assureur. Du moment que ce résultat était atteint, les praticiens pouvaient se considérer comme satisfaits. Mais il importait néanmoins de rétablir la vérité juridique et les tribunaux n'y ont pas manqué. D'autre part, la subrogation et la cession ne produisant pas exactement les mêmes effets, la qualification donnée à la clause pouvait donc, de ce fait, avoir une grosse importance.

1. *Op. cit.*, p. 111.

Les assureurs finirent d'ailleurs par le comprendre, d'autant plus que la rédaction défectueuse de la clause subrogative donnait souvent lieu à des difficultés devant les tribunaux. C'est pourquoi à partir du 1^{er} janvier 1913, la plupart des grandes Compagnies à primes fixes contre l'incendie, soucieuses de ne point s'exposer à des contestations judiciaires qu'une rédaction appropriée pouvait éviter, se mirent d'accord pour adopter la clause type ainsi libellée :
« Par le seul fait de la présente police, l'assuré cède
» à la Compagnie, dans la mesure où il est couvert
» par l'assurance, ses droits et actions contre toute
» personne responsable du sinistre à quelque titre
» que ce soit, et contre leur assureur. »

Cette clause, qui est toujours en vigueur dans les polices incendie, est très claire et ne peut vraiment prêter à aucune équivoque; au surplus, elle ne fait que refléter fidèlement le point de vue dégagé par la jurisprudence. Avec la cession, tombent les diverses objections faites au sujet de la subrogation. Notamment la transmission des droits de l'assuré à l'assureur peut se faire dès la souscription de la police. Rien ne s'y oppose, en effet, puisqu'il s'agit de droits futurs et éventuels. D'autre part, étant subordonnée au seul événement du fait dommageable, cette cession se trouve réalisée au moment même du sinistre, c'est-à-dire *avant le paiement de l'indemnité*, à un moment où l'assuré a indiscutablement la possession de tous ses droits contre le tiers responsable et peut donc valablement les céder. Enfin, la cession ne suppose pas nécessairement, comme la subrogation, l'existence d'une seule et même dette; elle n'implique pas

qu'il y ait un paiement effectué « par une personne à la place d'une autre ».

Pour ces différentes raisons, la notion de « cession de droits éventuels » apparaît indiscutablement comme préférable à celle de subrogation. Est-ce à dire cependant qu'elle soit absolument juste et conforme aux caractères traditionnels de la cession en droit civil ? Il est permis d'en douter. Voici d'ailleurs les principales critiques qui peuvent être formulées.

Tout d'abord, a-t-on dit en se référant aux éléments constitutifs de la cession de créance, une cession est une vente et il n'y a pas de vente sans prix. Or, où est le prix de la cession faite à l'assureur ?

A cela, on a répondu de diverses manières : il a été répliqué que ce prix était représenté par la diminution de la prime consentie par l'assureur en échange de la cession ¹ ; mais il est certain que cette diminution ne ressortait pas directement de la police soumise à l'assuré et que d'autre part, elle était souvent plus apparente que réelle. On a dit également que le prix de la cession se trouvait dans la certitude du paiement garanti par le contrat d'assurance, paiement qui évitait à l'assuré les aléas et les difficultés d'une action contre un responsable qui pouvait se doubler d'un insolvable ².

Quelle que soit la valeur de ces arguments, il n'y a

1. Charoy, thèse, Paris, 1900, p. 208.

2. Ce point de vue a notamment été exprimé par la Cour de cassation dans les termes suivants : « Le propriétaire qui se fait indemniser par l'assureur, en évitant d'engager à ses risques et périls une action contre ses locataires a, à faire cette subrogation, un intérêt éventuel qui ne permet pas de la considérer comme dépourvue de cause et de prix. » Cass. civ., 1^{er} déc. 1846, D. 47.1.37.

pas lieu de s'y arrêter davantage, car l'objection peut être réfutée d'une manière beaucoup plus simple. Il n'est pas exact en effet, que la cession soit toujours faite moyennant un prix. Bien que ce soit rarement le cas, elle peut valablement être faite à titre gratuit, elle peut se rattacher à un acte à titre onéreux sans être faite elle-même à titre onéreux. C'est ce que la Cour de Paris¹ a très justement fait remarquer dans les termes suivants : « Quoique les règles relatives au » transport de créance figurent dans le Code civil au » titre de la vente, il n'est point exact que toute cession de créance constitue une vente. La cession de » créance peut s'effectuer à d'autres titres ; elle peut » se faire notamment à titre gratuit ; elle peut également figurer à titre de clause et condition dans » un acte à titre onéreux autre qu'une vente et tel est » le cas dans l'espèce. » (Il s'agissait d'un contrat d'assurance contre les accidents²).

1. Paris, 21 mars 1905, D. P. 1906.2.185.

2. A ce sujet, il est intéressant de relire les arguments présentés par Maître Martin, avocat du Phénix, devant la Chambre civile de la Cour de cassation (arrêt du 1^{er} déc. 1846, déjà cité). « Selon notre droit, il n'est pas essentiel qu'une convention puisse être classée d'une manière absolue dans la catégorie de l'un ou de l'autre des contrats particulièrement distingués et nommés par le Code civil (subrogation et cession — une telle cession est valable alors même qu'elle a un caractère mixte et qu'elle ne constitue ni une subrogation parfaite, ni une vente proprement dite). Toutes les conventions sont valables et ont force de loi entre les parties, quand elles sont formées légalement, quand elles n'ont point un objet illicite, et quand elles ne portent aucun préjudice aux droits des tiers. La cession d'une action, par exemple, peut être faite à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux ; le prix n'est donc pas de l'essence du transfert. Et l'on ne peut pas même dire qu'à défaut du prix la cession constitue toujours une libéralité exigeant les formes de la donation ; car, et le fait de notre espèce le prouve, il est des cas où le créancier peut céder une action sans se dépouiller de rien et sans faire, par conséquent, une véritable libéralité, il se peut que

Cette argumentation est très juste. La cession consentie à l'assureur ne doit pas être isolée du contrat d'assurance, dans lequel elle trouve son unique raison d'être et dont elle n'est qu'une stipulation accessoire. Examinée sur ce plan, la cession est inattaquable.

Du point du vue équité on ne peut pas être aussi affirmatif, et la question du prix de la cession ne saurait être éludée aussi facilement. La plus élémentaire justice commande en effet que cette cession ne soit pas gratuite, qu'elle s'accompagne d'une contrepartie correspondante au profit de l'assuré. Or cette contrepartie n'apparaît pas explicitement et elle est laissée à l'entière discrétion de l'assureur. D'autre part, la cession est en principe un acte essentiellement volontaire, alors qu'ici elle est en fait imposée à l'assuré, qui ne se doute d'ailleurs pas de l'avantage qu'il concède à la compagnie d'assurances.

C'est pourquoi certains auteurs ¹ ont pu s'élever contre l'usage de la clause de cession, en disant qu'elle modifiait les conditions du contrat d'assurance en le rendant plus onéreux qu'il ne devrait l'être pour l'assuré.

cette cession, même gratuite, soit la conséquence d'une autre obligation, la condition d'un consentement, d'un fait, d'un paiement, en un mot l'accessoire d'un autre contrat, et, à tous ces titres, la convention et, par conséquent, la cession d'actions, sont parfaitement valables et légitimes. Dans l'espèce, la cession d'action n'était point une pure libéralité ; elle a eu lieu en considération du paiement fait par la Société Mutuelle et comme une condition de ce paiement ; et, s'il est vrai que cette cession peut, en définitive, avoir pour résultat de valoir à la Société Mutuelle remise de tout ou partie de l'indemnité qu'elle devait, elle n'en est pas moins valable, car tout créancier a le droit de faire remise de sa dette, et cette remise n'est assujettie à aucune forme sacramentelle. »

1. Notamment Capitant. *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1906, p. 65.

Il y a certainement une part de vérité dans ces critiques, mais la convention fait la loi des parties ; donc, en droit, la validité de la cession ne peut pas être mise en doute.

On a dit également que l'assuré n'était pas en mesure de garantir l'existence de la créance cédée, comme l'exige l'article 1693 du Code civil en matière de cession de créance. Mais le cas n'est pas le même ; s'agissant d'une cession de *droits éventuels*, l'objection ne saurait être retenue.

Quoi qu'il en soit, cette discussion nous permet de dégager peu à peu la véritable nature de cette cession, en faisant ressortir les différences qu'elle présente avec la cession classique du Code civil. D'autres particularités peuvent encore être relevées.

Tout d'abord, la cession consentie à l'assureur n'est pas une cession pure et simple, c'est une cession *limitée*. Les polices anciennes ne faisaient aucune réserve à cet égard. Or, en matière de cession, le cessionnaire a toujours le droit de poursuivre le débiteur pour le montant nominal de la créance, quand bien même il l'aurait acquise pour une somme inférieure ; sur ce point la cession se sépare nettement de la subrogation, le subrogé ne pouvant pas réclamer au débiteur plus qu'il n'a payé au créancier pour obtenir quittance. Théoriquement donc, comme le fait remarquer M. Capitain¹, si l'indemnité due par le tiers responsable était supérieure à celle due à l'assuré par la compagnie d'assurances, celle-ci devrait bénéficier de la différence ; mais on a toujours repoussé cette solution inique et décidé que la compagnie n'est

1. *Cours élém. de Dr. civil*, 7^e édition, t. II, p. 295.

réputée cessionnaire de la créance de son assuré contre le tiers que dans la mesure nécessaire pour la couvrir de ses propres déboursés, ce qui est tout-à-fait conforme à la volonté des parties contractantes. Tenant compte de ce fait, la police moderne incendie porte : « cette cession est limitée aux capitaux couverts par la police ». Il serait plus exact de dire qu'elle est limitée aux sommes à verser à l'assuré en vertu de la police.

Enfin la cession consentie à l'assureur est une cession *conditionnelle* ; on peut même dire qu'elle est conditionnelle à *deux degrés*. En effet, elle est tout d'abord subordonnée à la survenance du sinistre, par exemple l'incendie des immeubles assurés. La cession prend corps à ce moment-là ; mais, bien que certains arrêts ² l'aient déclaré, cette condition n'est pas suffisante à elle seule pour que la cession soit véritablement réalisée et puisse produire pratiquement tous ses effets. Il faut une deuxième condition, qui est le paiement de l'indemnité d'assurance. Tant que ce paiement n'aura pas été effectué, l'assureur ne pourra que garantir ses droits et prendre des mesures conservatoires. Mais il ne pourra pas exiger du tiers responsable le versement de la somme qu'il doit.

Il faut considérer en effet que le but de la clause de cession n'est pas de permettre à l'assureur d'être payé avant l'assuré. Comme nous l'avons dit plus haut, cette cession est une stipulation accessoire qui ne trouve sa justification qu'après le règlement du sinistre. D'ailleurs cette condition tacite résulte bien de l'intention des parties, le terme « subrogation »

2. Cass., 3 fév. et 5 août 1885 déjà cités.

employé autrefois et encore aujourd'hui dans la clause est, à cet égard, des plus significatifs. En effet, dans la subrogation, le subrogé ne peut exercer ses droits qu'après le paiement. C'est donc bien ce résultat que les parties ont entendu inclure dans la clause de cession.

On remarque ainsi que sur deux points, la cession produit les mêmes effets qu'une subrogation : d'une part, en ce qu'elle est limitée aux sommes déboursées par l'assureur ; d'autre part, en ce qu'elle ne produit ses véritables effets qu'après le paiement de l'indemnité à l'assuré.

Donc, s'il est vrai que la clause insérée dans les polices ne peut pas constituer une subrogation dans les termes de l'article 1250 du Code civil ; s'il est vrai également que cette clause doit être considérée comme réalisant une cession des droits éventuels de l'assuré au profit de l'assureur, il n'en demeure pas moins que cette cession présente des caractères bien particuliers et doit être considérée plutôt comme une convention originale, dans laquelle se trouvent réunis les effets de la cession et de la subrogation.

Cela nous explique d'ailleurs pourquoi la clause a pu être dénommée à l'origine « clause subrogative ». L'hésitation était possible et excusable.

Quant à nous, nous estimons que pour serrer de plus près la réalité et tenir compte du caractère mixte de cette clause, il vaudrait mieux l'appeler clause de *cession-subrogation*. Ainsi se trouverait marqué le caractère spécial de cette cession qui est *accessoire* et non principale, *limitée* et non totale, *conditionnelle* et non absolue.

Cette analyse juridique terminée, nous allons maintenant examiner au point de vue pratique les conditions d'exercice et les effets de la clause en question.

SECTION II

Des effets de la clause de cession-subrogation.

On est aujourd'hui à peu près d'accord sur ces effets, qui, comme nous l'avons dit, relèvent tout à la fois de la cession et de la subrogation. Mais il n'en a pas toujours été ainsi, précisément en raison de cette dualité qui n'a été dégagée que peu à peu.

Au début, lorsque la clause était considérée comme contenant une subrogation conventionnelle, les tribunaux avaient une tendance marquée à se référer aux règles de la subrogation. Ils exigeaient notamment que cette subrogation, pour être valable, soit *expresse* et nettement stipulée, et ils interprétaient restrictivement les conventions intervenues à cet égard ¹.

Par la suite, lorsqu'il fut reconnu que la clause ne pouvait être qu'une cession de droits éventuels, le point de vue changea, mais toutes difficultés ne se trouvèrent pas de ce fait supprimées.

C'est ce que nous allons constater en étudiant successivement les effets de la clause entre l'assureur et l'assuré, et ses effets vis-à-vis des tiers.

1. Paris, 12 janvier 1850. D. P. 50.2.205. Rouen, 14 mars 1855. D. P. 55.2.165.

§ 1. *Effets de la cession de droits dans les rapports entre l'assureur et l'assuré.*

La clause étant insérée dans la police, la convention est parfaite dès la prise d'effet du contrat, c'est-à-dire après paiement de la prime et signature de la police par toutes les parties.

Indiquons tout d'abord que la stipulation est faite exclusivement *dans l'intérêt de l'assureur*; elle a pour objet de l'investir de tous les droits et actions de l'assuré découlant du sinistre mais elle ne peut par contre l'assujettir à aucune obligation. Par application de cette règle, il a été jugé « que la clause d'une police d'assurance par laquelle l'assureur est subrogé *aux droits et actions* de l'assuré, ne peut pas être interprétée dans ce sens que l'assureur serait également subrogé aux *obligations* de cet assuré dérivant du fait de l'incendie ¹ ».

Si la clause constitue pour l'assureur un pur avantage, il n'en est pas de même pour l'assuré ; bien que portant sur des droits futurs et éventuels, elle comporte pour lui des obligations *immédiates* : notamment celle de garantir l'existence ou plutôt la conservation des droits cédés, sous peine de déchéance.

On peut voir là une conséquence de la règle « qui cède, garantit » applicable en matière de cession de créance et par laquelle celle-ci se différencie de la subrogation. Dans cette dernière en effet, le créancier *accipiens* n'est pas tenu de l'obligation de garantie

1. Nancy, 9 juin 1880 (sous Req. 28 déc. 1880), D. P. 81.1.427-428.

envers le *solvens* subrogé dans ses droits. Certes, il ne peut être question pour l'assuré de garantir « l'existence » de la créance cédée dans les termes de l'article 1693 du Code civil, puisque précisément il s'agit d'une créance qui n'est que future et éventuelle. Mais l'assuré ne doit rien faire qui soit susceptible de compromettre la naissance de ces droits éventuels ou d'en rendre l'exercice impossible pour l'assureur, sous peine de perdre lui-même le bénéfice de l'indemnité stipulée dans le contrat d'assurance. A la vérité, donc, on se trouve plutôt là en présence d'un cas d'application de cette règle générale des contrats, en vertu de laquelle si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre peut refuser d'exécuter la sienne en lui opposant l'exception *non adimpleti contractus*.

En notre matière cette conséquence peut paraître rigoureuse, mais elle a toujours été appliquée et nous verrons que la loi du 13 juillet 1930 l'a reproduite dans son article 36 relatif à la subrogation de l'assureur.

Dans les clauses modernes de cession, comme celles des polices-incendie, l'obligation de garantie ne se trouve même pas formulée, car elle découle implicitement de la cession consentie. Dans les clauses anciennes, qui employaient improprement le terme de subrogation, elle était censée résulter de la promesse de subrogation faite par l'assuré, promesse à l'exécution de laquelle était subordonné le paiement de l'indemnité.

On trouve une application fréquente de cette cause de déchéance notamment en matière d'assurance-incendie, lorsqu'un propriétaire a renoncé, par une

clause du bail ou autrement, à l'action spéciale et à la présomption légale de faute dont il jouit contre ses locataires en vertu de l'article 1733 du Code civil ¹. S'étant mis ainsi, par son fait, dans l'impossibilité de transmettre ses droits à l'assureur, il se trouve déchu du bénéfice de l'assurance.

Par application de la même règle, il a été jugé que le propriétaire d'un immeuble incendié est tenu, si la compagnie d'assurances le demande, de lui remettre avant le paiement de l'indemnité, le bail intervenu entre lui et son locataire, ou du moins de le lui communiquer ; il ne peut obliger la compagnie à procéder par voie de compulsoire ou à aller prendre connaissance du bail chez le notaire qui l'a rédigé ². Dans cette espèce, l'assureur voulait vérifier, avant de procéder au règlement, si le propriétaire n'avait pas renoncé à son recours contre le locataire. Si l'exercice du recours s'était trouvé compromis par une clause quelconque du bail, l'assureur n'aurait pas manqué d'opposer la déchéance au propriétaire assuré.

De même, en matière d'assurance contre les risques de transports, l'assuré est toujours tenu, par les clauses de la police, de sauvegarder le recours de l'assureur contre le transporteur à la faute duquel le sinistre peut être attribué. Il s'ensuit que si, par une faute de l'assuré, ce recours n'a pu naître ou a été perdu ou compromis, l'assureur peut se refuser à payer l'indemnité stipulée au contrat. Citons, à titre d'exemple, le cas suivant. Un voyageur fait enregistrer

1. Cass. civ., 15 mars 1876, S. 76.1.337 ; D. P. 76.1.449, — V, aussi *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 781.

2. Pau, 29 juillet 1912, S. 1912.2.300.

comme bagages des objets autres que ceux qu'il a le droit de faire transporter à ce titre d'après les règlements de la Compagnie de chemin de fer (par exemple des tableaux de valeur destinés à la vente). En cas de perte ou de vol, il se trouve déchu des droits et actions dérivant du contrat de transport, vicié dans son essence, et ne peut par suite transmettre ces droits à son assureur comme il y est tenu par les clauses de la police. Il a été jugé, dans un tel cas, que l'assuré ne pouvait invoquer le bénéfice de son contrat d'assurance puisque, par son fait, il ne pouvait faire profiter l'assureur des actions de droit commun appartenant à l'expéditeur et sur lesquels ledit assureur était en droit de compter ¹.

Cette question de la déchéance de l'assuré est donc une chose bien établie. En équité nous estimons cependant qu'elle constitue une pénalité trop rigoureuse notamment pour un assuré qui peut très bien être de bonne foi et n'être coupable que d'une simple négligence ou d'une inadvertance. S'il est vrai en effet que les obligations réciproques des parties se servent mutuellement de cause ; s'il est juste que, l'une des parties n'exécutant pas son obligation, l'autre puisse se dégager de la sienne, cela ne peut valoir que pour des obligations véritablement correspondantes. Or, ici, tel n'est pas le cas. A l'obligation principale de l'assureur qui est de payer l'indemnité convenue, corres-

1. Cass. Req., 1^{er} déc. 1931, *Gaz. Pal.* 1932.1.292. Il s'agissait de tableaux qui avaient été volés à la gare d'arrivée. La Cour d'appel d'Agen, statuant comme Cour de renvoi à la suite d'un arrêt de cassation (Ch. civ.) du 15 nov. 1927 (*Gaz. Pal.* 1928.1.135) avait rendu le 17 déc. 1928 un arrêt que la Chambre des Requêtes n'a fait que confirmer en rejetant le pourvoi fait par l'assuré. Dans le même sens, V. Cass. civ., 15 janvier 1929, *Gaz. Pal.* 1929.1.492.

pond l'obligation principale de l'assuré qui est de payer la prime, mais non de garantir les droits cédés à l'assureur. Cette obligation ne constitue qu'une clause accessoire du contrat ; il n'est ni logique ni juste que l'accessoire puisse conditionner le principal, tout au moins d'une façon aussi radicale.

A notre avis, le manquement de l'assuré serait suffisamment sanctionné par une déchéance partielle, portant par exemple sur la moitié de l'indemnisation garantie, ou encore par le droit reconnu à l'assureur de réclamer une indemnité analogue à celle prévue par l'article 24 de la loi du 13 juillet 1930 pour cause de retard dans les déclarations et les productions de pièces après le sinistre. Par la crainte de cette sanction, l'assuré serait tout autant incité à sauvegarder les intérêts de son assureur et l'équité serait d'avantage respectée.

Continuant notre étude des rapports de l'assureur et de l'assuré, envisageons maintenant le cas où ce dernier n'est que partiellement dédommagé par le contrat d'assurance et se retourne pour le surplus contre le tiers responsable, ainsi qu'il en a incontestablement le droit. Son action va se rencontrer avec celle de l'assureur, lequel exerce son recours dans les limites de la somme assurée. Si le tiers est solvable, il n'y aura aucune difficulté. L'assureur et l'assuré seront payés chacun pour leur part respective. Mais si la solvabilité du tiers est insuffisante, que décider ? L'assuré va-t-il pouvoir être payé, par préférence, avant l'assureur, ou bien viendra-t-il en concours avec ce dernier au marc le franc.

Avec les anciennes clauses de subrogation la ques-

tion pouvait paraître douteuse. Si en effet on y voyait une véritable subrogation, l'assuré devait être payé par préférence, conformément au vieil adage « *nemo contra se subrogare censetur* ». Mais si, comme les tribunaux n'ont pas tardé à le décider, on y voyait une cession, la règle précédente n'était plus applicable et l'assuré devait subir le concours de l'assureur, quelque injuste que cela puisse paraître. Au début, il y a eu une certaine hésitation et il a paru équitable de tenir compte de l'intention des parties, révélée par le terme subrogation. Ainsi il a été jugé que l'assuré n'avait pas voulu que la subrogation puisse lui nuire dans le cas où il ne serait qu'incomplètement dédommagé par l'indemnité d'assurance ; que par suite il y avait lieu de refuser à la compagnie le droit de venir au marc le franc avec le propriétaire, créancier du loyer, sur l'indemnité due personnellement au locataire ¹.

Par contre, si la cession était nettement exprimée, les tribunaux appliquaient les règles classiques et refusaient à l'assuré tout droit de préférence. On relève d'ailleurs en ce sens des décisions très anciennes ².

Aujourd'hui, toute difficulté se trouve écartée du

1. Besançon, 26 avril 1898, *Journ. des Ass.*, 99, p. 2.

2. Grenoble, 15 fév. 1834, S. 35.2.45. « L'assuré qui, par sa police, a fait à la compagnie d'assurances cession de tous ses droits et actions en responsabilité contre le locataire de l'immeuble assuré, ne conserve pas le droit d'être payé, par préférence à la compagnie, des sommes qu'il prétend lui être dues à raison de l'excédent de la valeur réelle de son immeuble sur le prix du sinistre à lui payé. Ici ne s'applique pas la disposition finale de l'article 1252 du Code civil et l'assuré ne peut exercer son recours à raison de ces sommes qu'en concours avec la compagnie d'assurances et au prorata de leurs droits respectifs. » — V. aussi Amiens, 24 juillet 1841, S. 45.2.93.

fait que la question est explicitement prévue dans les clauses de cession. A l'article 22 de la police-incendie, il est spécifié que la cession « s'exercera au prorata des créances respectives de l'assureur et de l'assuré ».

Là encore, on peut considérer qu'il y a une conséquence trop dure pour l'assuré, car il est excessif qu'un contrat d'assurance, contrat bienfaisant par définition, puisse devenir une arme à double tranchant et empêcher l'assuré d'être intégralement indemnisé. Le législateur de 1930 semble d'ailleurs s'être soucié de ce fâcheux résultat, puisqu'en faisant découler d'une subrogation le recours de l'assureur, il a implicitement donné le droit à l'assuré d'être payé par préférence à l'assureur. Il y a donc là une différence importante entre le recours par voie de cession et le recours par voie de subrogation, différence sur laquelle nous reviendrons en étudiant la subrogation légale de l'article 36.

Il nous faut maintenant examiner les conditions dans lesquelles la cession va produire ses effets à l'égard des tiers.

§ 2. *Effets de la cession de droits vis-à-vis des tiers.*

Par l'effet de la cession, l'assureur se trouve substitué à l'assuré et poursuit en son lieu et place la réparation du dommage contre le tiers responsable. Cette substitution est complète. Nous avons vu d'ailleurs que l'assuré ne saurait intenter cette action lui-même, puisqu'il est généralement admis qu'il ne peut pas

cumuler l'indemnité d'assurance et la réparation de droit commun ¹.

Donc l'assureur se trouve, dès la survenance du sinistre, investi sans restriction de tous les droits de l'assuré, avec tous les accessoires et les actions qui s'y rattachent.

Il peut notamment, comme nous le savons, invoquer du chef de l'assuré, propriétaire de l'immeuble incendié, la présomption de faute établie contre les locataires par l'article 1733 du Code civil. Il pouvait aussi, antérieurement à la loi du 5 janvier 1883 qui a supprimé la solidarité entre les colocataires, agir solidairement contre ceux-ci, comme aurait pu le faire le propriétaire lui-même.

Il peut également, du chef de l'assuré locataire, poursuivre le propriétaire pour les dommages matériels d'incendie causés aux biens mobiliers dudit locataire, par suite de vice de construction ou de défaut d'entretien (article 1721 du Code civil).

D'autre part, les clauses du bail qui apporteraient quelque modification à la responsabilité du locataire pourraient, suivant les cas, être opposées à l'assureur ou invoquées par lui. En effet, l'article 1165 du Code civil, aux termes duquel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, n'est pas applicable en pareil cas, par ce motif que l'assureur,

1. Colmar, 7 fév. 1934, *Gaz. Pal.* 1934.1.670. — Dans cette espèce, l'assuré avait engagé une procédure en réparation du dommage causé, mais il s'était vu contester sa légitimité en raison du fait que la compagnie d'assurances l'ayant déjà indemnisé, il se trouvait sans droit pour actionner l'auteur présumé de l'accident ; devant ce moyen, il avait retiré sa demande. Puis, à la suite de ce retrait d'instance, la compagnie, invoquant l'article 11 de la police contenant clause de subrogation, avait repris la demande en son nom et la Cour a consacré son droit.

quand il agit en responsabilité en vertu de la cession, n'est pas un tiers à l'égard du locataire, il est aux lieux et place du propriétaire.

L'assureur pourra également exercer le privilège que l'article 2102, alinéa 1^{er} du Code civil, accorde au propriétaire sur les meubles du locataire.

Enfin, il est bien entendu qu'il pourra agir directement contre l'assureur du tiers responsable, si ce dernier a contracté une assurance de responsabilité. Il tient ce droit de l'article 1166 du Code civil et aussi de l'action directe que la Jurisprudence reconnaît à la victime d'un dommage (ou à l'assureur subrogé dans ses droits) contre l'assureur de l'auteur du dommage. Avec cette action, il bénéficie en outre du privilège que la victime a sur l'indemnité d'assurance due à l'auteur responsable, privilège qui a été d'abord institué par la loi du 19 février 1889 en matière d'assurance-incendie, puis par la loi du 28 mai 1913 en matière d'assurance-accidents et étendu enfin par la loi du 13 juillet 1930 (articles 37, 3^e alinéa, et 53) à toutes les assurances de dommages. Aux termes de l'article 53 de cette loi « l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné sa responsabilité. »

Ainsi, par application de ces textes, l'assureur du bailleur d'immeuble se trouve bénéficiaire du droit propre accordé à ce dernier sur toutes les indemnités d'assurances dont peut être créancier son locataire, aussi bien sur celles garantissant la perte du mobilier

que sur celles afférentes au risque locatif ou au recours des voisins. L'assureur du bailleur peut, de ce chef, exercer une action directe contre l'assureur du locataire, ce qui lui permet d'éviter le concours des autres créanciers du locataire et rend inopérantes à son égard les oppositions formées par eux ¹.

On voit que de cette manière, et c'est surtout vrai en matière d'assurance-incendie ², la plupart des recours exercés vont se traduire par un règlement entre assureurs. Il faut signaler toutefois qu'il est des cas où l'exercice du recours peut être impossible, par exemple si le tiers responsable et la victime du sinistre sont assurés à la même Compagnie pour les risques en jeu. Il en est ainsi notamment lorsque le locataire responsable est assuré contre les risques locatifs à la même compagnie que le propriétaire de l'immeuble incendié. Le recours pourrait toutefois être envisagé dans le cas, assez théorique il est vrai, où il ne serait assuré que pour une partie seulement du risque locatif.

Enfin il est à peine besoin d'indiquer que l'assureur ne peut avoir de recours contre le tiers responsable qu'autant que l'assuré lui-même aurait pu en avoir un. S'il est établi que l'assuré ne pouvait exercer aucune action, l'assureur ne peut pas avoir plus de droits que lui. Ainsi il a été jugé que le recours de l'assureur contre l'auteur d'un accident devait être repoussé, du moment que l'assuré n'avait aucun recours contre ce dernier (en l'espèce son fils majeur),

1. Lyon, 12 juin 1935, S. 1936.2.18.

2. Cf. J. Maranget, *Le recours des voisins en cas d'incendie*, thèse Paris, 1933.

lequel s'était strictement conformé aux instructions de son père dont il était en l'occurrence le préposé ¹.

Il s'agit toutefois là de cas très spéciaux et le plus souvent rien ne s'oppose à l'exercice du recours de l'assureur. Dans quelles conditions ce recours va-t-il s'exercer ?

Remarquons tout d'abord que peu importe la forme dans laquelle a été faite la cession des droits à l'assureur. Elle est très généralement stipulée dans la police, mais elle pourrait être faite tout aussi bien dans le procès-verbal d'expertise et d'estimation du dommage que par la quittance de l'indemnité payée à l'assuré. Théoriquement elle pourrait même être consentie après le règlement de l'indemnité, les règles de la subrogation n'ayant pas à s'appliquer, puisqu'il est reconnu qu'il ne s'agit pas d'une subrogation conventionnelle.

La cession étant ainsi indépendante du paiement, une autre conséquence importante va en découler : c'est que l'assureur pourra exercer son recours avant tout paiement. La Jurisprudence admet en effet que la réalisation de la cession est soumise à la seule condition de la survenance du sinistre. Nous verrons qu'à cet égard il n'en est pas de même dans la subrogation où le recours ne peut jouer qu'après paiement de l'indemnité. C'est là un avantage de la cession que les assureurs utilisent souvent pour prendre des mesures conservatoires en pratiquant notamment une saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de l'auteur du sinistre.

1. Cass. Req. 18 avril 1932, *Rec. Per. Ass.*, 1932, p. 219; *Gaz. Pal.* 1932.2.207.

Ce droit est depuis longtemps consacré par les tribunaux ¹, mais il n'a pas été unanimement admis par la doctrine. Lyon-Caen ² notamment s'est élevé contre ce droit donné à l'assureur ; d'autant plus que, s'arrêtant surtout à l'intention des parties, il estime personnellement que la clause contient une subrogation conventionnelle plutôt qu'une cession de créance. Et en admettant même qu'il y ait cession, il ajoute qu'elle ne peut être que conditionnelle, que, par suite, les droits de l'assuré ne devraient passer à l'assureur qu'après que celui-ci aurait payé l'indemnité d'assurance. Il fait remarquer en effet que cela peut avoir une grande importance en cas de faillite de l'assureur, car l'assuré ne courra pas ainsi le risque de toucher un simple dividende au lieu de l'indemnité entière à laquelle il a droit.

Cette éventualité se trouvait d'ailleurs soulignée en ces termes par l'arrêt lui-même ³ : « Attendu qu'au point de vue du paiement de la somme par lui (le locataire) due comme responsable de l'incendie, la cession n'aggrave en rien la situation que la loi elle-même lui a faite, puisque si l'assureur ne payait pas à l'assuré l'indemnité qu'il lui doit, celui-ci n'aurait aucun recours contre le locataire qui se serait valablement libéré en exécution d'une cession régulièrement notifiée. »

Il n'en demeure pas moins que cette solution est rigoureuse et peut aboutir à des résultats choquants.

1. Civ. Cass., 3 fév. 1885, D. P. 86.1.173 ; Civ. Cass., 5 août 1885, D. P. *ibid.*, S. 86.1.273.

2. Note au Sirey sous les arrêts ci-dessus. — V. aussi Horia Furtuna, thèse Paris, 1915, p. 116 et s.

3. Civ. Cass., 5 août 1885, précité.

L'assuré qui a déjà consenti un avantage en cédant ses droits ne devrait pas voir sa situation aggravée en étant exposé à l'insolvabilité éventuelle de l'assureur. Il faut noter toutefois que l'hypothèse est plus théorique que pratique. D'autre part, la saisie-arrêt faite par l'assureur sera le plus souvent un acte purement conservatoire et ne sera pas exécutée, car c'est à partir seulement de l'assignation en validité que la saisie-arrêt devient un acte d'exécution. Dans ces conditions on ne peut guère critiquer la Jurisprudence qui, d'une manière générale, admet toujours largement les mesures conservatoires qui ne risquent de léser personne.

Cette possibilité pour l'assureur d'agir avant tout paiement constitue donc un avantage de la cession par rapport à la subrogation. Mais par contre la cession a un inconvénient. Pour être opposable aux tiers, il faut en principe qu'elle leur ait été signifiée, conformément aux prescriptions de l'article 1690 du Code civil¹. La règle édictée par cet article, aux termes duquel les cessions ou transports ne sont opposables aux tiers et aux débiteurs cédés qu'à la condition d'avoir été l'objet d'une signification ou d'une acceptation par acte authentique semble en effet devoir s'appliquer aussi bien aux créances futures et éventuelles qu'aux créances qui existent déjà. La signification consolide les droits du cessionnaire. Tant qu'elle n'est pas intervenue, le tiers peut légitimement considérer le cédant comme étant son seul créancier. Par suite, le paiement qu'il lui ferait avant la formalité serait valable et opposable à l'assureur, sauf pour ce dernier à se

1. Paris, 22 août 1873, D. P. 75.1.102.

retourner contre l'assuré. De même le paiement qu'il ferait à un autre cessionnaire qui lui aurait signifié régulièrement la cession à lui consentie.

Dans la pratique toutefois, l'inconvénient est plus apparent que réel. L'assureur peut en effet, avant toute signification, garantir ses droits en pratiquant une saisie-arrêt entre les mains du tiers responsable ¹.

La Jurisprudence l'admet depuis longtemps en raison de la faveur que méritent les actes conservatoires ². Mais la signification serait nécessaire avant le jugement de validité, stade à partir duquel la saisie-arrêt devient un acte d'exécution ³.

Il est également admis que la signification se trouve réalisée par la sommation, fréquente en pratique, faite au tiers ou à son assureur d'assister à l'expertise ordonnée pour l'évaluation du dommage.

Enfin, malgré quelques flottements ⁴, la jurisprudence tend de plus en plus à ne pas exiger une signification rigoureuse dans les termes de l'article 1690 du Code civil. La Cour de cassation elle-même a consacré cette tendance en décidant que cette signification pouvait résulter de l'intitulé et des mentions de

1. En outre, les Compagnies d'assurances emploient souvent entre elles le système plus simple des oppositions officieuses, qui peuvent, pour un temps assez court, suppléer aux saisies-arrêts.

2. Déjà, par un arrêt du 26 août 1858, D. P. 59.2.2, la Cour d'Orléans décidait que, pour la cession consentie à l'assureur, cession *sui generis*, il n'y avait pas lieu de signifier, par application de l'article 1690 du Code civil, ladite cession à l'auteur du sinistre, tiers cédé ; notamment lorsque l'assureur se borne à procéder à de simples mesures conservatoires, telles qu'une saisie-arrêt. — V. aussi Alger, 25 nov. 1893, D. P. 94.2.502.

3. Civ., 1^{er} mai 1889, S. 89.1.460.

4. Trib. de Com. Roubaix, 28 mai 1924. « L'assureur n'est pas recevable à agir contre l'auteur de l'accident si les formalités de l'article 1690 du Code civil n'ont pas été remplies par lui. »

l'assignation consécutive au sinistre¹, « attendu que l'exploit d'assignation est un acte authentique et que la mention qu'il contient des transports de droits incorporels rend ces transports opposables aux tiers et notamment au débiteur prétendu, conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil. »

Dans ces conditions, on conçoit que la formalité de la signification ne constitue pas un grand inconvénient et que les assureurs (assurances contre l'incendie) continuent de baser leur recours sur la clause de cession de droits insérée dans les polices, nonobstant la subrogation instituée à leur profit par l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930. Nous verrons en effet que cette subrogation ne présenterait pas pour eux les mêmes avantages ; elle ne leur permettrait pas notamment, selon certains, de bénéficier de la présomption de l'article 1733 du Code civil, qui leur garantit de façon quasi-certaine l'efficacité du recours.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de cette clause, que nous avons analysée successivement au point de vue de sa nature juridique et de ses effets. Nous avons montré l'importance pratique de cette clause qui, en l'absence d'une subrogation légale au profit de l'assureur, représentait le seul moyen efficace d'exercer un recours contre le tiers responsable du sinistre. Qu'il nous suffise de rappeler que cette clause, devenue de style dans les assurances de dommages, était pratiquement inconnue dans les assuran-

1. Civ. Cass., 13 nov. 1928, D. H. 1929.1.263, et plus récemment Trib. Civ. Guéret, 12 mai 1937, D. H. 1937, p. 514. V. aussi Paris, 21 mars 1905, D. P. 1906.2.185 ; Trib. Civ. Versailles, 24 déc. 1936, *Gaz. Pal.* 1937.1.487.

ces de personnes : reflet exact de la Jurisprudence qui dans son dernier état, reconnaissait à l'assureur un droit de recours dans les premières et le lui refusait dans les secondes. Le législateur de 1930 n'a fait en somme qu'entériner cette situation, en créant la subrogation légale de l'assureur et en limitant son application aux seules assurances de dommages.

Apparemment donc l'innovation peut paraître mince. Mais nous allons voir qu'en donnant une base légale au recours de l'assureur, le législateur semble avoir voulu consacrer *le principe*, plutôt que *la forme* dans laquelle ce recours était précédemment exercé; la subrogation nouvelle ne s'identifie pas en effet avec la cession de droits stipulée dans les polices et qui continue d'ailleurs d'être largement utilisée. Elle constitue un moyen nouveau mis à la disposition des assureurs, avec ses caractères propres et des effets quelque peu différents de la cession de droits.

C'est ce que nous allons constater en passant maintenant à l'étude de cette subrogation, conformément au plan que nous nous sommes tracé.

TITRE III

De la subrogation légale de l'assureur
instituée par la loi du 13 juillet 1930

TITRE III

De la subrogation légale de l'assureur instituée par la loi du 13 juillet 1930

C'est sous l'angle de la subrogation légale, nous l'avons vu, que s'était posée à l'origine la question du recours de l'assureur. C'est également par la subrogation légale qu'elle se termine, après intervention du législateur.

En effet, aux termes de l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est *subrogé*, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. »

L'impossibilité juridique d'une subrogation en cette matière ayant été amplement démontrée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, on peut *a priori* trouver cet aboutissement assez inattendu. D'aucuns s'en sont d'ailleurs étonné et ont critiqué le législateur d'avoir intitulé subrogation ce qui, à leur avis, ne saurait en être une. Cependant, quand on sait avec quels soins et quelle sage lenteur a été élaborée la loi sur le contrat d'assurance ¹, il est difficile de supposer qu'il

1. Outre les divers projets antérieurs dont le premier remonte à 1904, la loi du 13 juillet 1930 est l'aboutissement de travaux

s'agit là d'une inadvertance de la part de ses auteurs. Il faut donc conclure, selon nous, qu'ils ont bien voulu créer au profit de l'assureur une véritable subrogation. Dans quel sens doit être entendue cette subrogation ? C'est ce que nous allons préciser, en l'examinant tout d'abord au point de vue juridique pur et en étudiant ensuite son étendue et ses effets.

préparatoires longs et minutieux dont les principales étapes sont les suivantes : Commission extra-parlementaire de 1924 instituée par M. Justin Godart et présidée par M. Capitant ; Dépôt du projet par M. Godart le 7 avril 1925 ; Rapport de M. René Lafarge à la Chambre le 5 août 1926 ; Adoption du projet par la Chambre le 29 nov. 1926 ; Rapport de M. Godart au Sénat le 15 nov. 1927 ; Avis favorable de M. Curral au nom de la Commission de Législation civile et criminelle ; Adoption du projet par le Sénat le 8 juillet 1930. Loi promulguée le 13 juillet 1930 et publiée au *J. O.* du 18 juillet 1930.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SUBROGATION LÉGALE DE L'ASSUREUR AU POINT DE VUE DE SA NATURE JURIDIQUE

En réglant à l'assuré l'indemnité stipulée au contrat, l'assureur ne paie pas pour un autre (en l'espèce le tiers responsable) mais acquitte sa dette propre. C'est pour cette raison, nous l'avons vu, que les tribunaux ont invariablement refusé à l'assureur le bénéfice de la subrogation qui, aux termes de l'article 1251-3° du Code civil, est accordée de plein droit « à » celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres » au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » C'est pour la même raison de fond qu'ils ont dénié le caractère d'une subrogation conventionnelle à la clause de subrogation insérée dans les polices, en déclarant qu'elle constituait en réalité une cession de droits éventuels. Cette manière de voir pouvait, à beaucoup d'égards, se justifier ; elle était d'ailleurs approuvée par la grande majorité de la Doctrine.

Il paraissait donc bien établi que le cas de l'assureur indemnisant son assuré ne constituait pas un cas de subrogation au sens du Code civil, et que par suite son recours ne pouvait s'exercer que par le moyen d'une cession. Il eût donc paru logique que le législateur se ralliât à cette conception ; mais l'examen des

projets antérieurs nous montre qu'à aucun moment il ne s'y est arrêté.

Déjà, dans le projet de loi de 1904 sur le contrat d'assurance ¹, l'article 26 insituait au profit de l'assureur une subrogation légale, laquelle n'était d'ailleurs pas limitée aux assurances de choses mais s'étendait également aux assurances de personnes. L'exposé des motifs justifiait ainsi le projet : « Il paraît à la fois » rationnel et juste d'étendre à toutes les assurances » la subrogation légale déjà admise en matière d'assurances maritimes. Cette subrogation, qui sort » peut-être quelque peu des limites qui doivent être » assignées à la subrogation légale de l'article 1251-3° » s'explique par le fait que l'assuré, étant indemnisé » par l'assureur, ne doit pas conserver les droits à » indemnité qu'il peut avoir contre des tiers : il est » juste que tous les droits se rattachant au dommage » subi passent à l'assureur dès l'instant où l'assuré a » été indemnisé par lui ».

La rédaction du projet ne manqua pas de susciter des critiques qui tenaient tant au principe même de la subrogation qu'aux conséquences pratiques qui en découlaient. M. Dupuich, notamment, dans son Rapport de la Section des Assurances sur le projet de loi de 1907 ² (qui maintenait la subrogation du projet de 1904) s'éleva contre la rédaction de l'article 26 et proposa d'en modifier ainsi l'alinéa 1^{er} : « Par le seul fait de l'assurance, tous les droits, recours et actions éventuels de l'assuré contre toutes personnes responsables ou simplement garantes du sinistre, à quelque titre

1. *J. Off.* 1904, Doc. parlam. Ch. des Dép., Annexe n° 1918, p. 918.

2. *Rec. Pér. Ass.*, 1908, p. 515.

que ce soit, sont transportées à l'assureur ». Cette rédaction évitait le terme subrogation jugé impropre et donnait à l'assureur les mêmes droits que ceux résultant d'une cession. On tirait en outre argument du fait que l'article 16 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, tout en admettant les conséquences résultant de l'idée de subrogation, ne prononçait pas le mot, ce qui paraissait un exemple à suivre. Les mêmes critiques se retrouvent ensuite dans Leproust ¹, qui considère comme remarquable la théorie de la cession élaborée par la Jurisprudence et reproche au législateur « d'introduire arbitrairement dans la législation un cas particulier de subrogation légale » établi en dehors des règles de notre droit et en contradiction avec ces règles. » Il montre en outre les conséquences désavantageuses qu'aurait pour l'assureur la substitution de la subrogation à la pratique de la cession de droits.

En dépit de ces observations, le législateur demeura attaché au principe de la subrogation et il le consacra expressément dans l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, ce qui provoqua de nouveau les critiques de certains auteurs, au nombre desquels on peut citer M. Capitant ². « L'expression de subrogation, dit-il, est inexacte. La subrogation suppose un tiers qui paye le créancier en l'acquit du débiteur (article 1250 du Code civil). Or l'assureur n'est pas un tiers; en payant l'indemnité à l'assuré il paye sa propre dette. En réalité,

1. Leproust, *op. cit.*, p. 128 et s.

2. « Commentaire de la loi du 13 juillet 1930 », *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 780. — V. aussi note sous Colmar, 7 fév. 1934, *Rec. Pér. Ass.*, 1934, p. 405.

il y a cession de la créance éventuelle de l'assuré contre le tiers responsable. »

En sens contraire, on trouve néanmoins beaucoup d'auteurs qui s'inclinent devant la décision du législateur et considèrent qu'il s'agit bien d'une véritable subrogation et non d'une cession implicite. Sumien notamment écrit à ce sujet¹ : « La loi a rejeté ici » l'idée de cession de créance adoptée par la Juris-
» prudence ; elle en a fait expressément et en con-
» naissance de cause une subrogation. L'exposé des
» motifs de la loi, les rapports de MM. Lafarge à la
» Chambre et Justin Godart au Sénat, sont on ne peut
» plus nets à cet égard. »

En présence de ces divergences, que faut-il penser de cette subrogation légale de l'article 36 ? Remarquons que la question est importante et représente plus qu'un simple problème de terminologie, étant donné les règles différentes qui s'appliquent respectivement à la cession-transport et à la subrogation. Un point cependant n'est pas douteux à notre avis, c'est que la loi institue bien une subrogation et nous allons voir dans quel but. Nous examinerons ensuite si le législateur n'a pas usé d'arbitraire en fondant le recours de l'assureur sur une subrogation, et si cette dernière peut régulièrement être intégrée dans le cadre général des subrogations de notre droit civil.

Par l'article 36, le législateur a voulu consacrer le

1. *Traité th. et prat. des Ass. Terr.*, 4^e édit., n° 151, p. 89. — V. aussi dans le même sens J. Godart et Perraud-Charmantier, *Code des Ass.*, 2^e édit., n° 707, p. 373 ; Planiol, Ripert et Lepargneur, *op. cit.*, t. XI, n° 1322, p. 632 ; Josserand, *Dr. Civ. pos. fr.*, t. II, p. 740 ; H. et L. Mazeaud, *Tr. théor. et prat. de la resp. civ.*, 2^e édit., t. III, n° 2732.

droit de recours de l'assureur ; mais en employant volontairement le terme subrogation, il a implicitement entendu, selon nous, que ce droit de recours s'exerçât dans le cadre d'une subrogation, et non d'une cession de droits. Il a eu en vue *les effets* de la subrogation plus que l'essence juridique de la subrogation. Cette manière de voir peut d'ailleurs se justifier, si l'on considère que la loi du 13 juillet 1930 est une loi essentiellement pratique, une sorte de charte régissant les rapports respectifs des assureurs et des assurés et de laquelle ont été bannies à dessein toutes définitions doctrinales pouvant prêter à discussion. Or, nous avons vu que la cession de droits reconnue par la Jurisprudence présentait en fait un caractère mixte et s'apparentait sur plusieurs points à la subrogation. Nous avons montré d'autre part que la cession était très avantageuse pour l'assureur et pouvait dans certains cas léser l'assuré. Ces diverses raisons ont, semble-t-il, incité le législateur à préférer le principe de la subrogation, qui lui a paru faire une part plus équitable des intérêts respectifs de l'assureur et de l'assuré¹. Il est certain toutefois qu'il s'agit surtout là de considérations de fait et qui, comme telles, ne repré-

1. On peut citer, dans le même esprit, une note de M. Planiol sous Besançon, 6 avril 1898, D. P. 2.425. « La subrogation anticipée que se font consentir les Compagnies d'assurances tombe nécessairement sous l'empire des règles générales qui exigent une des deux formalités de l'article 1690 du Code civil. Cependant, nous croyons qu'il y a intérêt à maintenir à cette opération le nom de « subrogation » sous lequel elle est généralement connue et pratiquée, parce que ses effets, pour répondre à l'intention des parties, doivent être ceux de la subrogation, notamment quant aux sommes que la Compagnie pourra réclamer aux locataires responsables du sinistre ; la subrogation est faite pour lui permettre de rentrer dans ses déboursés et non pour obtenir d'eux tout ce que le propriétaire aurait pu toucher s'il les avait lui-même poursuivis. »

sentent à elles seules qu'une justification insuffisante. Il nous faut donc examiner si l'emploi du terme subrogation est régulier ou si, comme on l'a prétendu, il constitue un mot impropre, une sorte de solécisme juridique.

A cet égard, il nous apparaît qu'une distinction peut et doit être faite, si l'on veut arriver à une explication rationnelle. Dans cette discussion, en effet, on s'est toujours borné à ne considérer que la subrogation prévue par les articles 1250 et 1251 du Code civil. Si l'on tient ce critérium pour absolu, il est évident que l'opposition est irréductible et, partant, que la subrogation de l'assureur est mal dénommée, puisqu'on n'y retrouve pas les éléments constitutifs requis. Mais le terme subrogation a en réalité dans notre droit deux significations différentes : l'une étroite, qui vise spécialement le paiement avec subrogation (articles 1250 et 1251 C. civ.), l'autre plus large, qui est susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas. Cette distinction est nettement faite par MM. Aubry et Rau ¹ qui sont ainsi amenés à donner de la subrogation les deux définitions suivantes :

1° Dans son sens étroit « c'est une fiction juridique » admise ou établie par la loi, fiction en vertu de laquelle une obligation éteinte au moyen d'un paiement effectué par un tiers ou par le débiteur, avec les deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce tiers, qui est autorisé à faire valoir dans la

1. Aubry et Rau, *Dr. Civ. Fr.*, t. III, p. 117. — V. aussi Charoy, thèse Paris, 1900, p. 15.

» mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions
» de l'ancien créancier. » Il s'agit là de la subrogation
spécialement réglementée par le Code civil.

2° « Dans son acception la plus étendue, cette ex-
» pression désigne toute substitution d'un tiers à un
» créancier, opérée pour une cause juridique quel-
» conque et par suite de laquelle ce tiers est autorisé
» à exercer pour son propre compte et dans son inté-
» rêt personnel, tout ou partie des droits et actions
» de la personne à laquelle il se trouve substitué. »

Il nous semble que cette définition *lato sensu* cor-
respond parfaitement au cas de l'assureur qui, de par
la loi, se trouve substitué à l'assuré pour l'exercice du
recours contre le tiers responsable. Dans la mesure
où l'on admet cette définition, on peut donc très bien
dire que l'assureur est subrogé dans les droits de l'as-
suré. Il ne s'agit pas de la subrogation classique de
l'article 1251 qui vise une opération bien déterminée,
le paiement avec subrogation ; il s'agit d'une subro-
gation synonyme de *substitution*.

A l'appui de cette opinion, on peut également invo-
quer la haute autorité de M. Lyon-Caen qui s'exprime
ainsi à ce sujet ¹ : « Dans le langage usuel, même
» parfois dans le langage du notariat, le mot subro-
» gation n'a pas le sens étroit et technique qu'il a
» dans le Code civil (articles 1250 à 1252) et dans la
» langue des jurisconsultes ; il n'indique pas spécia-
» lement le paiement avec subrogation, mais la substi-
» tution d'une personne dans les droits d'une autre,
» qui peut être l'effet aussi bien d'une cession que

1. Note sous Civ., 3 fév. 1885, S. 86.1.273.

» d'un paiement avec subrogation. » La remarque est juste, car il est vrai que le terme subrogation est couramment employé dans de nombreux cas. C'est ainsi que l'héritier, ou le successeur universel, est subrogé dans tous les droits et obligations du défunt auquel il succède ; c'est en somme un cas de subrogation totale. De même, l'ayant cause particulier est subrogé aux droits et actions de son auteur sur la chose qui lui est transmise, tel par exemple l'acheteur, le cessionnaire d'une créance. Dans ces divers cas, le terme subrogation ne fait que concrétiser cette situation commune, à savoir qu'une personne se trouve également substituée à une autre personne.

A notre avis, c'est dans ce sens large qu'il faut entendre la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré. Il est certain en effet que cette subrogation ne peut, au point de vue de sa nature, s'identifier avec celle de l'article 1251 du Code civil. Mieux vaut donc ne pas chercher à l'y rattacher et lui donner une place à part, tout en lui reconnaissant des effets identiques. C'est apparemment ce qu'a voulu le législateur de 1930 et on ne saurait lui en tenir grief, si l'on considère qu'il a voulu avant tout faire œuvre pratique. Au surplus, il faut bien convenir que le terme subrogation était entré dans l'usage ; les polices d'assurance le mentionnaient depuis longtemps et il était consacré depuis toujours en matière d'assurances maritimes. D'autre part nous avons vu que l'idée de cession de droits est critiquable à plus d'un titre. Pour éviter toute discussion, il eût été possible d'employer le terme « substitution », mais le mot est vague et trop peu expressif en l'espèce.

La même solution a d'ailleurs été adoptée par le législateur en matière d'assurances sociales, où une subrogation analogue a été créée au profit des Caisses contre les tiers responsables. L'article 25, § 3 du Titre IV du décret-loi du 28 octobre 1935, modifiant l'article 61 de la loi du 5 avril 1928 qui établit cette subrogation, est ainsi libellé : « Lorsque, sans rentrer » dans les cas régis par les dispositions législatives » applicables aux accidents du travail, l'accident ou » la blessure dont l'assuré est victime est imputable » à un tiers, les Caisses d'assurances sociales sont *subrogées* de plein droit à l'intéressé ou à ses ayants » droit pour le remboursement des dépenses que » leur occasionne l'accident ou la blessure ».

En cette matière, la subrogation ne se justifie pas plus dans son principe que dans le cas de l'assureur et elle présente les mêmes caractères imparfaits. Nous estimons cependant que dans les deux cas le législateur n'a pu mieux faire que d'adopter le terme subrogation qui, s'il n'a pas *stricto sensu* sa signification traditionnelle du Code civil, a du moins l'avantage de se concilier assez exactement avec la réalité des faits. Il est incontestable en effet que par le jeu du recours qui lui est reconnu, l'assureur se trouve tout à fait dans la situation d'une personne bénéficiant d'une véritable subrogation.

Cette controverse de terminologie étant ainsi tranchée, nous allons maintenant examiner dans le domaine pratique, le fonctionnement et les principaux effets de cette subrogation.

CHAPITRE II

DE L'APPLICATION ET DES EFFETS DE LA SUBROGATION LÉGALE DE L'ASSUREUR

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1930, la subrogation n'a plus à être stipulée dans les polices. Elle existe de plein droit au profit de l'assureur, en vertu de l'article 36 de ladite loi. Pour l'écarter, il faut une convention expresse. Cette clause est licite, car l'article 36 compte parmi les quelques rares dispositions de la loi qui n'ont pas un caractère impératif. On peut donc y déroger par la convention. Les assureurs ne consentent, bien entendu, à cette renonciation à leur droit de recours que moyennant une majoration de la prime.

Pour les assurés, l'innovation de la loi est passée inaperçue, étant donné qu'antérieurement il n'était pratiquement pas de police qui ne contienne dans ses conditions générales une clause de cession ou de subrogation. Cette clause s'imposait donc à eux de la même manière que la subrogation sous le régime actuel.

En fait, les assureurs n'ont pas beaucoup modifié le libellé de leurs polices. Les Compagnies d'assurances contre l'incendie ont conservé la clause de cession de leur police-type. Certaines autres se contentent de

se référer purement et simplement à l'article 36, dont elles acceptent ainsi toutes les dispositions ¹. D'autres enfin ont maintenu l'ancienne clause subrogative, en y laissant subsister des stipulations inutiles comme celle prévoyant que « la subrogation sera renouvelée par acte spécial sur la demande de la Compagnie » ². On trouve également des polices qui mentionnent à côté et indépendamment de la subrogation, une cession des droits éventuels de l'assuré.

Quoi qu'il en soit, la subrogation de l'article 36 représente actuellement pour les assureurs le moyen légal d'exercer leur droit de recours. Nous allons donc procéder à son étude détaillée, en examinant successivement son champ d'application, les conditions dans lesquelles elle s'exerce et enfin les cas où, exceptionnellement, elle peut ne pas recevoir application, soit par le fait de l'assuré, soit à raison de la qualité du tiers responsable, soit par suite de la renonciation de l'assureur à son droit de recours, soit enfin du fait de la prescription. A propos de la renonciation de l'assureur, nous envisagerons la question du cumul des indemnités par l'assuré.

SECTION I

Champ d'application de la subrogation.

L'article 36 qui pose le principe de la subrogation de l'assureur se trouve dans le titre II de la loi, titre spécialement consacré aux assurances de dommages.

1. Police de la « Foncière-Transports ».

2. Polices du « Phénix-Accidents », de la « Cordialité ».

La subrogation n'est instaurée en effet que dans cette branche d'assurances. Nous verrons plus loin comment elle est expressément rejetée en matière d'assurances de personnes par l'article 55 de la loi.

Mais la subrogation s'applique-t-elle à toutes les assurances de dommages ? Non. Elle ne peut être invoquée que dans les seules assurances régies par la loi du 13 juillet 1930 aux termes mêmes de son article 1^{er}, c'est-à-dire les assurances terrestres : Assurances contre l'incendie, contre les risques de transports, contre la mortalité du bétail, assurances de responsabilité, etc. On a contesté — assez légèrement, semble-t-il — que la subrogation fût applicable à ces dernières ¹. Il n'est pas douteux cependant que les assurances de responsabilité, malgré leur caractère spécial ², sont bien des assurances de dommages ; leur réglementation, au titre II de la loi, le montre suffisamment. L'hésitation a pu provenir du fait que ce ne sont pas véritablement des « assurances de choses » comme les autres assurances d'indemnité et que, antérieurement à la loi de 1930, on avait l'habitude de distinguer les assurances de choses où le recours de l'assureur était admis et les assurances de personnes où il était refusé. Il n'en demeure pas moins que les assurances de responsabilité présentent un carac-

1. Laval, 27 juillet 1932, *Rec. Pér. Ass.*, 1932, p. 455.

2. Se distinguant des autres assurances, dites « directes », elles ont pour but de garantir l'assuré contre les demandes en dommages-intérêts dont il peut être l'objet. Le risque se trouve réalisé non par la responsabilité encourue par l'assuré, mais par la réclamation amiable ou judiciaire dirigée contre lui par le tiers lésé. Ainsi, comme le souligne M. Hémaré (*op. cit.*, t. II, p. 197), peut-il y avoir tant sinistre sans responsabilité, qu'inversement responsabilité sans sinistre.

tière indemnitaire au même titre que les assurances de choses. C'est d'ailleurs pour les incorporer à ces dernières que la loi de 1930 a substitué à l'appellation « assurances de choses » le terme plus générique d'« assurances de dommages »¹.

Pour les assurances contre les accidents du travail — qui sont des assurances de responsabilité — la loi de 1930 précise dans son article 1^{er} qu'il n'est pas dérogé aux dispositions de la loi du 9 avril 1898. L'assureur continue donc à bénéficier de la substitution légale dans les droits du patron et peut exercer de ce chef l'action donnée à ce dernier par l'article 7 de la loi contre le tiers responsable de l'accident. Par suite la nouvelle subrogation légale n'aura pas à être invoquée en cette matière, sauf toutefois dans le cas où l'action dirigée contre le tiers aurait pour but la récupération d'indemnités autres que celles découlant de la loi du 9 avril 1898.

On peut se demander si la subrogation doit jouer en matière d'assurance contre le vol; de même en matière d'assurances aériennes. Ces deux formes d'assurances ne sont pas explicitement visées par la loi du 13 juillet 1930, mais elles ne comptent pas non plus au nombre de celles qui sont formellement exclues de son champ d'application. Il faut donc en conclure, à notre avis, qu'elles doivent bénéficier de la subrogation légale, étant donné qu'elles se rangent incontestablement parmi les assurances de dommages.

Par contre, la subrogation de l'article 36 ne peut pas

1. Le terme a été adopté sur l'initiative de M. Robert Lafange, rapporteur du projet de loi à la Chambre des Députés. V. *J. Off.* 1926, doc. parlem. Ch. des Dép. ann., n° 3316, p. 1151.

être invoquée en matière d'assurances maritimes ou d'assurances fluviales, que la loi de 1930 a volontairement laissées en dehors de sa réglementation. En principe, donc, dans ces assurances, seule une clause de cession insérée dans la police permettra à l'assureur de recourir contre le tiers responsable ; mais nous savons que cette cession n'a même pas à être stipulée pour l'assureur maritime qui, en vertu d'un usage constant, jouit d'une véritable subrogation légale.

Enfin, la subrogation de l'article 36 est également inapplicable en matière d'assurance-crédit. Nous reviendrons plus loin sur cette question, en étudiant les moyens de recours dont dispose l'assureur dans cette branche spéciale.

Ayant ainsi précisé les diverses catégories d'assurances qui bénéficient de la nouvelle subrogation légale, examinons maintenant son champ d'application sous le double aspect du temps et du lieu, c'est-à-dire en ce qui concerne les contrats d'assurance antérieurs à la loi de 1930 et les contrats passés à l'étranger.

Tout d'abord la subrogation de l'article 36 est-elle applicable aux contrats d'assurance souscrits antérieurement à la loi du 13 juillet 1930, et dont le règlement s'effectue, bien entendu, sous l'empire de la nouvelle législation ? Ce point a été tranché dans le sens de l'affirmative par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 5 juillet 1937¹, ainsi motivé : « Attendu que le fait légalement géné-

1. Civ. Cass., 5 juillet 1937, D. H. 1937, p. 550, S. 1937.1.311, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1937, p. 949.

» rateur de la subrogation instituée par l'article 36
» de la loi du 13 juillet 1930 est le paiement de l'in-
» demnité d'assurance; que le droit de l'assureur à
» cette subrogation est, en conséquence, déterminé,
» non par la loi du jour du contrat intervenu entre
» assureur et assuré, *mais par la loi du jour du paie-*
» *ment de l'indemnité*; que le texte précité, sans effet
» rétroactif, n'en produirait pas moins cet effet im-
» médiat d'attacher le bénéfice de la subrogation aux
» paiements d'indemnités effectuées postérieurement
» à sa mise en vigueur... Par ces motifs, casse... »

Cet arrêt montre clairement qu'il ne s'agit pas au fond d'une question de rétroactivité relevant de l'article 2 du Code civil (principe de la non-rétroactivité des lois), mais simplement de l'application des règles générales de la subrogation. En cette matière, c'est le paiement seul qui doit être pris en considération et les effets de ce paiement sont déterminés par la loi en vigueur au moment où il est effectué¹. A l'heure actuelle, la loi accorde à l'assureur un recours contre le tiers responsable; celui-ci ne peut se prévaloir d'aucun droit acquis tiré de la date de souscription du contrat, du moment que le paiement, condition essentielle de la subrogation, est postérieur à la loi.

C'est également en considération du paiement que la subrogation légale de l'article 36 peut être invoquée par un assureur étranger, malgré la portée ter-

1. Cf. Req. 12 mars 1878, D. P. 78.1.273. — Dans une hypothèse inverse et pour les mêmes motifs, cet arrêt a décidé, lors de la substitution du Code civil à la loi sarde par suite de l'annexion de la Savoie, que lorsque la loi ancienne accorde la subrogation dans un cas où la loi nouvelle ne l'accorde pas, le créancier qui a traité sous l'empire de la loi ancienne ne peut invoquer cette subrogation postérieurement à la loi qui l'a supprimée.

ritoriale de la loi, lorsque le règlement de l'indemnité a été effectué en France. L'assureur étranger peut, dans ce cas, exercer son recours contre le tiers responsable du dommage, alors même que la police aurait été souscrite à l'étranger et que l'assureur et l'assuré seraient tous deux de nationalité étrangère. Ce droit a été reconnu par un jugement du Tribunal civil de la Seine¹, qu'on ne peut qu'approuver. En effet, cette solution paraît seule conforme aux principes du droit international privé, en vertu desquels les actes juridiques sont régis par la loi du lieu où ils ont été passés²; or, le paiement avec subrogation peut être valablement considéré comme un acte juridique indépendant du contrat auquel il se rattache. « Lorsque la loi attache à un fait (le paiement) un effet légal créant une situation comparable à celle qui résulterait d'un contrat, on se trouve en présence d'un quasi-contrat, ainsi qu'il résulte de la définition très large de l'article 1371 du Code civil³. » D'autre part, cette solution peut encore s'appuyer sur le principe de l'application de la loi du lieu d'exécution (*lex loci solutionis*) qui est admis par la doctrine et la jurisprudence de certains pays⁴.

En vertu des mêmes principes, il a été jugé par la Cour d'appel de Riom⁵ que, lorsque à la suite de l'in-

1. Trib. Civ. Seine, 2 janvier 1935, *Gaz. Pal.* 1935.1.505, D. H. 1935, p. 142, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1935, p. 345.

2. Dans ce sens Cass., 21 juin 1904, S. 1906.1.22, D. 1906.1.395 ; Trib. Civ. Grenoble, 29 déc. 1906, *Rev. Dr. Intern. Priv.*, 1907.170 ; Paris, 18 juin 1907, *Rec. Clunet*, 1908.138 ; Lyon-Caen et Renault, *Dr. Com.*, 4^e éd., t. III, n^o 846.

3. Perroud, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, note sous Trib. Civ. Seine, 2 janvier 1935, précité.

4. V. Trib. Féd. Suisse, 26 juin 1907 et 31 oct. 1908, *Rec. Clunet*, 1908.571 et 932 ; Savigny, *Système du Dr. Commun.*, t. VIII, n^o 297.

5. Riom, 29 janvier 1932, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1932, p. 297.

cendie de son automobile survenu en France, un assuré étranger a été indemnisé par son assureur à l'étranger, ce dernier se trouve subrogé dans les droits de l'assuré contre le tiers responsable de l'incendie, du moment que la loi du pays où a eu lieu le paiement — en l'espèce la loi hollandaise — admet la subrogation de plein droit (cette subrogation résulte de l'article 284 du Code de commerce hollandais).

Ces règles générales d'application étant exposées, abordons maintenant un point plus particulier de la question et demandons-nous si la subrogation de l'assureur englobe tous les recours dont pourrait se prévaloir l'assuré vis-à-vis du tiers responsable. En d'autres termes, la subrogation s'applique-t-elle dans tous les cas sans exception, quel que soit le fondement de la responsabilité de l'auteur du dommage ? Ce point demande à être précisé. En effet, l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 dispose que l'assureur est subrogé « aux droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, *par leur fait*, ont causé le dommage... » Les mots « par leur fait » doivent-ils s'entendre dans un sens restrictif, impliquant à la charge du tiers un délit ou un quasi-délit, ou bien doit-on leur donner une portée générale s'étendant à tous les cas de responsabilité, y compris la responsabilité contractuelle ou celle résultant d'une présomption de la loi ?

Dans la première hypothèse, le champ d'application de la subrogation se trouverait singulièrement rétréci¹. Il y a beaucoup de cas en effet où la responsabilité du tiers se trouve engagée par suite d'une faute simplement contractuelle, en matière de trans-

1. Sur cette opinion, v. Leproust, *op. cit.*, p. 128 et s.

ports par exemple. D'autre part, la loi fait peser sur certaines personnes une présomption de responsabilité qui joue par la seule survenance du dommage, même si aucun fait quelconque ne peut leur être reproché. Tel est le cas du locataire, de l'hôtelier, du voiturier et, plus généralement, du détenteur de la chose d'autrui, qui sont responsables des dommages survenus aux biens dont ils ont la garde, sans qu'il soit nécessaire de prouver que ces dommages proviennent de leur fait. Dans tous ces cas, si l'on s'en tient au sens littéral du terme « *fait* » employé par le législateur de 1930, la subrogation de l'assureur serait inopérante.

Un récent jugement semble avoir adopté cette interprétation en décidant qu'une responsabilité simplement contractuelle ne pouvait donner lieu à subrogation. « Attendu que la loi de 1930 n'a envisagé que » l'hypothèse où un tiers aurait commis un délit ou » un quasi-délit, qu'elle est étrangère au cas où la » responsabilité d'un tiers découle de l'inexécution » d'un contrat et notamment au cas où cette responsabilité est présumée en l'absence d'un cas for- » tuit... »¹.

Cette décision est vivement critiquée par M. Maurice Picard² et nous nous rangeons entièrement à son avis. Il est certain en effet que l'argument tiré du terme « fait » est bien mince et qu'il faut, avant toutes choses, se référer à la pensée du législateur. Or,

1. Trib. Civ. Guéret, 12 mai 1937, D. H. 1937, p. 514, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1938, p. 102 (note de M. Picard).

En sens contraire : Trib. Civ. Seine, 2 janvier 1935, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1935, p. 345.

2. Note sous Trib. Civ. Guéret, précité.

à cet égard, aucun doute n'est permis. L'Exposé des Motifs montre clairement que les auteurs de la loi ont entendu substituer à la pratique de la cession de droits une subrogation légale. Sur les conséquences qu'ils ont voulu attacher à cette modification, ils se sont expliqués en précisant, par exemple, « que le texte prévoit une subrogation et non plus une cession de droits, ce qui suppose que l'assureur a déjà indemnisé l'assuré ». De leur silence sur les autres points, il faut déduire qu'ils ont implicitement consacré les effets des clauses de cession, aux termes desquelles l'assureur exerce les droits et actions de l'assuré « contre toutes personnes responsables du sinistre, à quelque titre que ce soit ».

Comme le fait remarquer d'ailleurs très justement M. Picard, on ne voit pas pourquoi l'assureur pourrait ou non exercer l'action de l'assuré, selon que la responsabilité du tiers aurait un fondement délictuel ou contractuel. La raison d'être du recours est la même dans les deux cas, à savoir que l'assuré ayant été indemnisé du dommage subi, l'assureur doit pouvoir agir à sa place. On peut ajouter que, dans le cas contraire, le tiers se trouverait dégagé de toute responsabilité, ce qui ne serait pas équitable.

SECTION II

Conditions d'exercice et effets de la subrogation.

L'exercice de la subrogation est étroitement subordonné au paiement de l'indemnité par l'assureur. Le paiement est le fait générateur de la subrogation; il

détermine à la fois son point de départ et la mesure dans laquelle elle pourra s'exercer. Tant qu'il n'est pas intervenu, l'assuré est censé conserver tous ses droits contre le tiers responsable...

Pour que la subrogation se réalise, il faut donc qu'il y ait paiement effectué. Les travaux préparatoires de la loi sont très nets à cet égard. D'autre part, les termes de l'article 36 le disent explicitement en visant « l'assureur *qui a payé* l'indemnité d'assurance... ». Au surplus, s'agissant d'une subrogation, cela allait sans dire; on sait en effet que le paiement est la condition « *sine qua non* » de toute subrogation.

Sur ce point, la subrogation se sépare de la cession de droits et se révèle moins avantageuse pour l'assureur que cette dernière. Nous avons vu, en effet, que la cession se trouve réalisée par la seule survenance du sinistre et permet à l'assureur, avant tout paiement, de prendre des mesures conservatoires et, notamment, de pratiquer des saisies-arrêts utiles à la conservation de son recours.

Il y a là un avantage certain pour l'assureur, mais il faut reconnaître que cet avantage de la cession de droits ne se justifie guère et que la règle de la subrogation est beaucoup plus logique. En effet, dans les deux cas, l'action exercée par l'assureur n'est autre que l'action même de l'assuré; tant que ce dernier n'a pas été indemnisé, il n'y a aucune raison pour que ses droits lui soient enlevés et transmis à l'assureur. Cette transmission trouve sa vraie cause dans le paiement de l'indemnité; il est normal qu'elle ne se réalise qu'après ledit paiement, faute de quoi, le tiers responsable doit pouvoir légitimement résister

à la demande de l'assureur qui exerce prématurément son recours. D'autre part, le recours étant limité à la somme versée, il apparaît indispensable que le montant de cette somme soit connu.

Donc, pour bénéficier de la subrogation que lui accorde la loi, l'assureur doit pouvoir justifier qu'il a payé à l'assuré le montant du dommage garanti par sa police. A cet effet, il doit être en mesure de produire une quittance de l'assuré reconnaissant avoir reçu une indemnité représentative du dommage subi et dont le montant corresponde à la somme qu'il réclame au tiers responsable. Il a été jugé que seule cette quittance constitue le titre juridique prouvant que l'assureur est libéré de son obligation d'indemnité et qu'il peut par suite invoquer la subrogation¹. La production de toutes autres pièces révélant simplement un règlement en préparation ou à l'état de projet ne serait pas suffisante. Pour qu'un lien de droit soit créé entre l'assureur et le tiers responsable, il faut un paiement *réel* et non un paiement *éventuel*.

Précisons toutefois que si la justification du paiement est nécessaire, elle est aussi suffisante. Il n'est besoin notamment d'aucune signification, contrairement à ce qui a lieu dans le cas de cession de droits; la subrogation présente donc à cet égard un avantage sur la cession de droits.

Une fois le paiement effectué, l'assureur est investi des droits de l'assuré contre l'auteur du dommage. Il peut prendre alors les mesures qu'il juge utiles à la sauvegarde de son recours. Il peut entreprendre ou

1. Trib. de paix d'Ivry, 7 mai 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.468 ; La Prime, 1^{er} novembre 1937, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1937, p. 951.

suivre toutes procédures tendant à établir la responsabilité de l'auteur du dommage. Il bénéficie pour cela de tous les avantages, privilèges ou présomptions dont pourrait se prévaloir l'assuré, car c'est l'action même de ce dernier qu'il exerce. Il peut ainsi, le cas échéant se constituer partie civile aux lieu et place de l'assuré dans une poursuite répressive dirigée contre l'auteur de la faute qui a occasionné le dommage¹. Il ne fait en cela qu'user du droit de l'assuré de joindre à l'action publique son action civile contre l'auteur de l'infraction. En matière d'assurances de responsabilité, l'assureur peut également exercer contre l'assureur du tiers responsable l'action directe appartenant à son assuré. Ce dernier doit d'ailleurs fournir à l'assureur toutes pièces et documents utiles à l'exercice de son recours et s'abstenir de tout acte susceptible d'en compromettre le succès.

Ainsi donc l'assureur, exerçant en fait l'action de l'assuré, jouit de tous les droits de ce dernier; mais il ne saurait, bien entendu, en avoir davantage, car la responsabilité du tiers ne doit pas pouvoir se trouver aggravée du fait de l'assurance.

On peut cependant relever un arrêt² qui nous paraît avoir méconnu ce principe, en permettant à l'assureur d'exercer une action quasi-délictuelle contre le tiers responsable, alors que d'après la convention intervenue entre ce dernier et l'assuré, le tiers ne pouvait être responsable que contractuellement et non en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. L'as-

1. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2733.

2. Req., 9 mars 1936, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1936; *Moniteur des Ass.*, 1936, p. 655.

suré ayant simplement une action contractuelle, l'assureur subrogé dans ses droits ne pouvait, selon nous, exercer que cette seule action. L'arrêt a estimé que la convention n'était pas opposable à l'assureur parce qu'il était un tiers étranger au contrat. Cette considération nous paraît inopérante et même inexacte, car l'assureur n'est pas véritablement un tiers, il est aux lieu et place de l'assuré.

Le fait que par la subrogation, les droits de l'assuré passent à l'assureur implique que l'assuré ne conserve plus aucun droit sur la somme due par le tiers responsable. La créance de cette somme ne demeure donc pas dans son patrimoine et ses créanciers personnels ne sauraient, par suite, pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du tiers responsable. C'est ce qui a été jugé dans une affaire où le recours était poursuivi sous le nom de l'assuré qui, en l'occurrence, ne pouvait être considéré que comme le prête-nom de l'assureur¹. Le tribunal a décidé très justement que « l'exercice du recours, soit au nom de l'assureur, soit au nom de l'assuré ne pouvait avoir pour résultat de faire entrer à nouveau dans le patrimoine du sinistré une indemnité qu'il avait déjà touchée ». Il a ordonné en conséquence la main levée des saisies-arrêts pratiquées à l'encontre des droits de l'assureur. On ne peut qu'approuver cette décision, étant donné que la solution contraire aurait abouti à faire toucher deux fois la même somme par l'assuré ou par ses créanciers, lesquels ne peuvent avoir plus de droits que lui.

Nous avons dit que la subrogation ne permet à

1. Trib. Civ. Montargis, 18 mars 1936, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1936; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, p. 705 et 706.

l'assureur d'exercer son recours que s'il a préalablement indemnisé l'assuré. Il faut ajouter que ce recours ne peut s'exercer que *jusqu'à concurrence* de la somme qu'il a déboursée, ce qui est tout à fait normal. Si donc le dommage réel est supérieur à cette somme et se trouve, par suite, incomplètement réparé, l'assuré conserve tous ses droits pour le surplus. Ce cas se produit assez fréquemment, soit par suite de l'insuffisance du montant de la somme assurée, soit du fait de l'exclusion de certains risques par le contrat d'assurance. L'auteur du dommage étant toujours tenu de réparer intégralement les conséquences de son acte, l'assuré est alors en droit de s'adresser à lui pour obtenir le complément de réparation qui lui est dû. Ce droit lui est personnel et ne saurait être exercé en son lieu et place par l'assureur.

L'action de l'assureur est ainsi strictement limitée à la somme versée par lui, laquelle est fonction de la garantie prévue au contrat. La subrogation s'exerce dans le cadre de cette garantie et ne peut en aucune façon en modifier l'étendue.

Il a été jugé à ce sujet que l'assureur ne pouvait être tenu d'indemniser l'assuré de certains dommages expressément exclus de la garantie, pour le motif qu'étant subrogé dans les droits de l'assuré, il était à même de réclamer le remboursement intégral des dommages à l'auteur responsable de l'accident¹.

Il y a là une juste application des règles de la subrogation et aussi de l'article 1134 du Code civil, en vertu duquel la convention fait la loi des parties, ce qui implique que les obligations de l'assureur ne puis-

1. Civ. Cass., 27 octobre 1936, D. H. 1937, p. 35.

sent se trouver augmentées en dehors d'un engagement certain pris par lui.

Lorsque l'assuré n'est ainsi que partiellement dédommagé par le contrat d'assurance et doit actionner le tiers responsable pour le complément, il va se trouver en concours avec l'assureur qui poursuit lui-même l'exercice de son recours. Or, il est possible que le patrimoine du tiers soit insuffisant pour réparer l'intégralité du dommage. L'assureur et l'assuré doivent-ils dans ce cas venir au marc le franc, proportionnellement à leurs droits respectifs ? Ou bien l'assuré peut-il prétendre à être payé *par préférence* à l'assureur. Cette deuxième solution nous paraît s'imposer¹; car si le contrat d'assurance ne doit pas être une source de profits pour l'assuré, il ne doit pas non plus lui nuire. D'autre part, cette solution est en harmonie avec le vieil adage « *Nemo contra se subrogare censetur* » dont l'article 1252 du Code civil fait application en décidant que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie et qu'il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Cette règle est traditionnelle en matière de subrogation et il n'y a pas de raison pour qu'elle ne soit pas étendue à la subrogation de l'assureur.

La solution apparaît d'ailleurs si certaine que le législateur n'a pas cru devoir retenir la proposition contenue dans l'avis présenté par M. Curral, sénateur, au nom de la Commission de législation civile et criminelle². Pour écarter toute équivoque, M. Cur-

1. En sens contraire, Grillon, *op. cit.*, p. 112.

2. Sénat, Sess. ordin. doc. parlem., année 1930, Annexe n° 395.

ral aurait désiré qu'on ajoutât à la fin du paragraphe premier de l'article 36 la précision suivante : « ...sous réserve du bénéfice au profit de l'assuré de la disposition finale de l'article 1252 du Code civil ». Pour appuyer son point de vue, il signalait qu'une disposition analogue se trouve dans l'article 67 de la loi allemande sur le contrat d'assurances et il ajoutait : « Il y a bien l'adage « *Nemo contra se subrogare censetur* », mais la jurisprudence estime que la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré n'est pas une subrogation au sens juridique du mot, mais une cession de créance; or, qui cède garantit, et l'assureur aurait ainsi un rang préférentiel à celui de l'assuré, et il pourrait arriver qu'en cas d'insuffisance du patrimoine de l'auteur du sinistre pour couvrir l'assuré de la perte qui lui est causée, et qui se trouve dépasser de beaucoup le montant de l'assurance, l'assureur arriverait le premier pour récupérer la somme versée par lui à l'assuré, et ce dernier resterait avec son découvert ou partie de son découvert. Il y aurait là une criante injustice; le principe de la subrogation est déjà en lui-même très discutable, car la Compagnie a payé, mais le paiement qu'elle a fait n'est que l'exécution de l'obligation corrélatrice à la prime que l'assuré lui a servie; si cette subrogation devait se retourner contre lui, ce serait un comble ».

Comme on le constate, M. Currat craignait de voir prévaloir le principe de cession de droits antérieurement consacré par la jurisprudence et, dans sa logique, il y ajoutait même un effet supplémentaire qui semble n'avoir jamais été soutenu, à savoir que l'assureur aurait un rang préférentiel à celui de l'assu-

ré. Les clauses de cession stipulent, en effet, que le recours s'exerce au prorata des créances respectives de l'assureur et de l'assuré. L'assureur vient donc à égalité avec l'assuré, mais il ne le prime pas. Certes, sa situation demeure néanmoins avantageuse, mais elle ne doit pas s'appliquer dans le cas de subrogation. Du moment que le législateur a innové en établissant une subrogation, il faut en tirer toutes les conséquences; les tribunaux doivent donc, en l'absence de clause contraire, appliquer les règles de la subrogation et décider que l'assuré doit être payé par préférence avant l'assureur.

Cette solution équitable n'est cependant pas unanimement admise. MM. H. et L. Mazeaud¹ envisagent le cas en matière d'assurance de responsabilité et ils estiment que l'assuré ne peut pas primer son propre assureur sur l'indemnité d'assurance due par l'assureur du tiers responsable et l'obliger ainsi à exercer personnellement son recours contre le tiers, dont la solvabilité peut être douteuse. « Sans doute, disent-ils, la loi attribue-t-elle à la victime l'indemnité d'assurance due par l'assureur du responsable. Mais au cas de pluralité de victimes, elle n'accorde à aucune un rang de préférence par rapport aux autres; l'indemnité d'assurance doit se partager au marc le franc entre toutes les victimes. Or, on est ici dans une espèce identique. Il n'y a bien, à proprement parler, qu'une seule victime, mais ses droits sont placés sur deux têtes : sur sa propre tête pour le préjudice qui n'a pas été réparé par son assureur, sur la tête de celui-ci pour le préjudice qu'il a réparé. L'assureur

1. *Op. cit.*, t. III, n° 2733-3.

de dommages subroge dans une partie des droits de la victime est pour cette partie exactement dans la même situation que la victime pour l'autre partie. Aucun d'eux ne doit donc passer avant l'autre. L'indemnité due par l'assureur du responsable doit être partagée au marc le franc entre la victime et son assureur ».

Pour si subtile qu'elle soit, cette assimilation nous paraît un peu forcée et nous estimons, quant à nous, que l'assuré doit dans tous les cas être dédommagé par préférence à l'assureur, conformément aux principes généraux de la subrogation.

SECTION III

Des cas de non-application de la subrogation de l'assureur.

La subrogation est acquise de droit à l'assureur; mais il peut arriver, pour diverses raisons, qu'elle ne puisse pas produire ses effets. Nous allons passer successivement en revue les différents cas dans lesquels cette éventualité est susceptible de se présenter; nous ferons ressortir en même temps les conséquences qui en résultent dans les rapports respectifs de l'assureur, de l'assuré et du tiers responsable.

§ 1. *Impossibilité de subrogation du fait de l'assuré.*

Pour que la subrogation de l'assureur puisse s'opérer, il faut que l'assuré soit en mesure de lui transmettre après paiement de l'indemnité, les droits qui

sont nés sur sa tête vis-à-vis du tiers responsable. Ces droits doivent lui être transmis dans leur intégrité, avec tous les avantages dont ils peuvent être assortis, afin que l'action dirigée par l'assureur ait les mêmes chances d'aboutir que si elle était exercée par l'assuré lui-même.

Pour que la subrogation atteigne son but, il faut que la responsabilité de l'auteur du sinistre soit établie et que l'assureur puisse valablement lui réclamer la réparation du dommage qui lui est imputable.

L'assuré est donc responsable de la conservation de ses droits et il ne doit rien faire qui puisse en entraver l'exercice par l'assureur.

Qu'arrive-t-il si, par son fait, la subrogation ne peut se réaliser ou tout au moins ne peut produire utilement ses effets ?

Tel serait le cas, par exemple, du propriétaire qui, à l'insu de son assureur, aurait renoncé par une clause du bail à se prévaloir à l'égard de ses locataires de la présomption de responsabilité qui pèse sur eux, en cas d'incendie, en vertu des articles 1733 et 1734 du Code civil. Cette renonciation est certes permise, puisqu'il ne s'agit pas là de dispositions d'ordre public. Mais le propriétaire doit obligatoirement en aviser l'assureur, lequel exige alors une majoration de la prime.

Ce serait également le cas d'un assuré qui renoncerait, par avance ou après le sinistre, à toute action contre l'auteur du dommage; ou encore d'un assuré qui se reconnaîtrait entièrement responsable d'un accident, alors qu'il y aurait en fait faute partagée avec une autre personne.

Enfin, il en serait de même d'un assuré qui, avant que l'assureur ait exercé son recours, recevrait un paiement direct et définitif du tiers responsable, lequel se trouverait ainsi entièrement libéré de son obligation ¹.

Dans ces diverses hypothèses, la subrogation sera, par le fait de l'assuré, impossible ou inefficace. Mais il est admis que la subrogation constitue l'une des conditions du versement de l'indemnité ². Par suite, l'assureur va se trouver délié de son obligation résultant du contrat d'assurance, dans la mesure même où le recours escompté par lui ne pourra être exercé.

Cette solution découle expressément du deuxième alinéa de l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, qui est ainsi conçu : « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur ». Par cette disposition, la loi fait bénéficier l'assureur d'une règle tout à fait analogue à celle prévue par l'article 2037 du Code civil en faveur de la caution.

Il s'ensuit que si l'assureur a déjà versé l'indemnité, il est en droit d'en répéter le montant entre les mains de l'assuré ³. Si le paiement n'a pas encore été effectué, l'assureur peut se refuser à verser la somme prévue au contrat, l'impossibilité de subrogation imputable à l'assuré étant assimilée à une cause de déchéance.

Il faut noter toutefois qu'en matière d'assurances

1. Trib. com. Le Havre, 26 mai 1936, *Rec. du Havre*, 1936.1.252.

2. Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 644.

3. Trib. comm. Le Havre, 26 mai 1936, précité.

de responsabilité, si le fait de l'assuré rendant le recours impossible se plaçait après la réalisation du dommage, l'assureur ne pourrait invoquer, à l'encontre de la victime, cette exception postérieure pour se refuser au paiement de l'indemnité. Cette conséquence serait contraire, en effet, aux principes de l'action directe, au sujet de laquelle il est admis que le droit de la victime sur l'indemnité due par l'assureur prend naissance au jour même de l'accident et ne peut ensuite être affecté par aucune cause de déchéance encourue par l'assuré personnellement pour inexécution d'une clause du contrat¹.

On a discuté la question de savoir quel sens exact il fallait donner aux termes « l'assureur peut être déchargé », employés par la loi². L'expression est effectivement assez vague et peut donner lieu à plusieurs interprétations différentes. On peut entendre par là qu'il est simplement permis à l'assureur d'insérer dans la police une clause prévoyant cette faculté d'être déchargé de son obligation. Avec plus de raison, on peut aussi estimer que, par cette disposition, la loi a voulu laisser aux tribunaux le soin d'apprécier, selon les circonstances, si l'obligation de l'assureur doit ou non être maintenue. Enfin, d'après l'opinion qui paraît prédominer, le texte signifierait que l'assureur peut, dans tous les cas et de plein droit, se considérer comme déchargé de son obligation dès lors que la subrogation ne peut s'opérer à son profit. Cette interprétation est évidemment la plus plausi-

1. Cass. civ., 13 avril 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.820.

2. Cf. Planiol. Ripert et Lepargneur, *op. cit.*, p. 633, note 1 ; J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 376.

ble, car elle s'accorde avec l'Exposé des Motifs, où il est indiqué que « la subrogation est une condition du versement de l'indemnité »¹. Nous avons déjà dit ce que ce principe nous paraissait comporter d'excessif, en créant un lien aussi étroit entre deux obligations absolument distinctes et d'importance très inégale, et en ne tenant pas compte de la bonne foi possible de l'assuré. D'autre part, il ne faut pas oublier que, normalement, en matière de subrogation, le subrogeant n'est pas tenu de l'obligation de garantie envers le solvens subrogé dans ses droits.

Nous estimons donc, pour notre part, qu'il serait plus équitable de reconnaître simplement aux tribunaux un pouvoir d'appréciation pour décider, selon les cas, si l'assureur devrait être ou non déchargé de sa garantie envers l'assuré, conformément à la deuxième opinion indiquée ci-dessus.

§ 2. *Absence de recours de l'assureur à l'égard de certaines personnes.*

Au principe de la subrogation, il est apporté une exception importante par l'alinéa 3 de l'article 36 ainsi conçu : « Par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes ».

1. *Op. cit.*, p. 644.

Sur ce point, le législateur de 1930 n'a innové qu'en partie. En effet, antérieurement à la loi, la plupart des polices d'assurance-incendie contenaient une clause aux termes de laquelle l'assureur renonçait à exercer tout recours contre les personnes dont l'assuré était civilement responsable, le cas de malveillance excepté.

L'article 36 ne fait que consacrer cette pratique, en élargissant toutefois la portée de la renonciation. Aux personnes dont l'assuré est civilement responsable, en vertu de l'article 1384 du Code civil, le texte ajoute certains proches parents (ascendants, alliés en ligne directe) et, d'une manière générale, toutes les personnes vivant habituellement au foyer de l'assuré.

La raison d'être de cette exception au principe de la subrogation se comprend aisément. On ne veut pas que l'assureur puisse exercer un recours, aux lieu et place de l'assuré, dans un cas où l'assuré lui-même ne l'exercerait certainement pas.

Supposons par exemple un incendie dû à l'imprudence d'un domestique de l'assuré ou d'un membre de sa famille demeurant avec lui; ou encore un accident d'automobile causé par le chauffeur de l'assuré ou par son fils à qui il aurait confié sa voiture¹. Si la subrogation jouait dans ces cas-là, l'assuré verrait son préposé ou son fils obligé de rembourser à l'assureur l'indemnité qu'il aurait lui-même touchée. Ce résultat serait assez choquant et enlèverait à l'assurance une bonne partie de son intérêt. En outre, si le responsable en question se trouvait personnellement

1. Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, *Gaz. Pal.* 1932.2.750 ; D. H. 1932, p. 550.

insolvable, on aboutirait à cette conséquence inadmissible que l'assureur pourrait, par la subrogation, reprendre à l'assuré considéré comme civilement responsable, le montant de l'indemnité stipulée au contrat.

L'absence de recours dans de semblables circonstances est donc pleinement justifiée. Toutefois, elle ne s'impose pas obligatoirement à l'assureur, et on peut le regretter. L'article 36 est, en effet, une disposition simplement supplétive, dont les effets peuvent, par suite, être écartés par une clause contraire. Il peut être stipulé par exemple que l'assureur aura un droit de recours dans tous les cas, quel que soit l'auteur du dommage; ou bien que la renonciation au recours sera limitée aux personnes dont l'assuré est civilement responsable¹.

Toutefois, en raison du principe posé par la loi, nous estimons que s'il y a clause contraire, elle doit être nettement formulée et exprimer clairement la volonté des parties. A défaut, on doit conclure que les parties ont entendu se référer purement et simplement à la loi et que, par suite, la renonciation au recours s'étend à toutes les personnes énumérées à l'article 36, paragraphe 3².

Quelles sont exactement les personnes visées par ce texte ? Sur ce point, deux interprétations sont en présence.

1. La clause de la police incendie, type 1930, est ainsi libellée : « La Compagnie renonce à tous recours qu'elle serait en droit d'exercer, en cas de sinistre, contre toutes personnes dont l'assuré serait reconnu responsable (le cas de malveillance excepté). »

2. Cf. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2739 ; J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, 2^e éd., p. 380.

L'article 36 désigne en effet nommément les personnes contre lesquelles le recours de l'assureur ne peut pas jouer en raison de leurs liens de parenté ou de subordination avec l'assuré et il ajoute *in fine* : « ...et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré ». C'est de ce membre de phrase que vient la difficulté.

Faut-il comprendre que la loi vise deux catégories distinctes de personnes : d'une part, certains parents et les préposés de l'assuré, d'autre part, toutes les personnes habitant d'une manière continue avec l'assuré ? Ou bien doit-on voir dans l'énumération de l'article 36 une seule catégorie de personnes pour lesquelles le motif déterminant de l'exonération serait la cohabitation avec l'assuré ?

Cette deuxième opinion se réclame des travaux préparatoires et de l'esprit de la loi ¹. Elle entraîne notamment cette conséquence que les parents ne seraient à l'abri du recours de l'assureur qu'à la condition de vivre au foyer de l'assuré. C'est en ce sens que vient de se prononcer, à tort selon nous, une récente décision de justice à propos du recours intenté par un assureur contre le beau-père de l'assuré. Cette décision, qui nous paraît être la première de l'espèce, s'appuie sur les termes de l'Exposé des Motifs de la loi de 1930, sur l'opinion de M. Justin Godart, rapporteur de la loi et enfin sur le fait que l'interprétation contraire ne pourrait être donnée au texte de l'article 36 qu'en supprimant l'adverbe « généralement », que cette amputation est inadmissible ².

1. En ce sens, J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 379.

2. Trib. de Paix de Belfort, 4 juillet 1938, *Gaz. Pal.*, 3 nov. 1938.

Ce dernier argument ne nous semble nullement convainquant et nous estimons au contraire que la rédaction littérale de l'article 36 ne peut s'accorder qu'avec la première interprétation donnée ci-dessus, à savoir que la seule qualité de parent ou d'allié doit suffire pour empêcher le recours de l'assureur¹.

Si, en effet, on fait l'analyse du texte, on voit que les mots « et généralement » sont séparés par une virgule de l'énumération qui précède. D'autre part, cette énumération groupe en une seule liste, à côté des parents et alliés de l'assuré, les préposés, employés, ouvriers ou domestiques. Si donc on estime que le membre de phrase « et généralement... » ne constitue pas une disposition indépendante, mais ne fait que reprendre les termes de l'énumération en y ajoutant implicitement la condition nécessaire de la cohabitation, il faut être logique jusqu'au bout et conclure que cette condition s'applique aussi bien aux parents qu'aux préposés, employés et ouvriers. Or ceci est inadmissible. La cohabitation se conçoit fort bien pour les premiers, mais non pour les autres. Il n'est cependant pas douteux que l'assureur n'a pas de recours contre le préposé ou l'ouvrier de l'assuré, sans que l'on exige pour cela une cohabitation qui ferait bien souvent défaut.

Nous estimons donc que, si l'emploi du terme « généralement » n'est peut-être pas très heureux en l'espèce, sa place dans le texte ne peut donner lieu à aucune équivoque au sujet de son interprétation. A n'en pas douter le législateur a entendu simplement

1. En ce sens, H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2737. — Planiol, Ripert et Lépagneur, *op. cit.*, p. 633.

édicter par là une exonération « générale » au profit de toute personne vivant au foyer de l'assuré, quels que soient ses liens avec lui; et puisque ainsi le texte apparaît comme clair, les tribunaux doivent l'appliquer à la lettre, sans avoir à rechercher si une interprétation différente peut ressortir des travaux préparatoires de la loi.

Il faut donc conclure, selon nous, que les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe échappent au recours de l'assureur, même s'ils n'habitent pas avec l'assuré. En équité, l'absence de recours nous paraît d'ailleurs se justifier suffisamment par le seul lien de parenté et les rapports particuliers que ce lien suppose, sans qu'il y ait lieu d'y ajouter la cohabitation comme condition supplémentaire.

Au surplus, cette façon de voir est en harmonie avec l'esprit général de la loi de 1930 qui, tout en codifiant les principes essentiels de l'assurance, a eu sans cesse en vue la protection de l'assuré.

Parmi les personnes vivant habituellement au foyer de l'assuré il ne faut pas comprendre le sous-locataire. L'Exposé des Motifs¹ a pris soin de le préciser, mais cela se conçoit fort bien ; car, tout d'abord, il n'y a pas véritablement cohabitation au sens de la loi puisqu'il n'y a pas vie au « foyer » même de l'assuré ; d'autre part, la raison d'être de l'exonération s'expliquerait mal pour le sous-locataire. L'assureur conserve donc contre lui son droit de recours (sauf bien entendu s'il se trouve être un parent ou allié direct de l'assuré).

1. *Op. cit.*, p. 644.

Exceptionnellement, le recours peut également être exercé contre les personnes exemptées par l'article 36, lorsque le sinistre est dû à un acte de malveillance commis par l'une de ces personnes. Il y a là un tempérament nécessaire en faveur de l'assureur. Les polices-incendie le reproduisent en ces termes : « Dans le cas de malveillance, la responsabilité de la Compagnie se trouvera toujours engagée au regard de l'assuré, mais alors la Compagnie conservera ses droits au recours contre les personnes reconnues responsables du sinistre ». Encore faut-il ajouter que l'assuré lui-même pourrait perdre tout droit à l'indemnité stipulée au contrat s'il était établi contre lui une collusion frauduleuse avec l'auteur du sinistre le rendant en quelque sorte complice de ce dernier. Il en serait ainsi par exemple d'une personne qui, connaissant les projets de son fils, laisserait celui-ci incendier volontairement son immeuble dans l'intention de lui procurer le moyen de payer ses dettes ¹.

Précisons enfin que, en tout état de cause, le droit de recours de l'assureur subsiste lorsque la responsabilité de l'auteur du dommage est couverte par une assurance de responsabilité. Dans ce cas, l'assureur qui a réparé le dommage peut recourir contre l'assureur du responsable. Rien ne paraît s'opposer à cette action, car, ce qu'à voulu empêcher la loi, c'est uniquement que l'assureur puisse user d'un recours que l'assuré n'aurait sans doute pas exercé. Mais la situation est différente dans le cas de recours contre un autre assureur. On peut en outre supposer que si l'as-

1. Nancy, 4 janvier 1936, *Gaz. Pal.* 1936.1.616. — Cf. Demogue, *Rev. crim. Dr. civ.*, 1936, p. 499.

sueur n'agissait pas, l'assuré n'hésiterait pas dans un tel cas à actionner l'assureur de son parent ou préposé, auteur du dommage¹.

Envisageant toutes les hypothèses, examinons enfin le cas où l'assuré, indemnisé par son assureur, voudrait recourir contre son parent ou préposé personnellement. En a-t-il le droit ? A l'encontre de certains auteurs², la question nous paraît douteuse. Certes l'article 36, § 3, n'enlève le recours qu'à l'assureur et ne parle pas de l'assuré. Faut-il en déduire que ce dernier conserve une action contre l'auteur du dommage, du seul fait que l'assureur est privé de son recours ? Cela nous paraît peu concevable ; car si la loi édicte cette interdiction, c'est justement parce qu'elle estime que, dans ce cas-là, il ne doit pas y avoir de recours, en raison des liens unissant les intéressés. D'autre part, l'assuré se trouverait ainsi doublement dédommagé et ce fait serait contraire au caractère indemnitaire de l'assurance de dommage, tel que l'a toujours entendu la Jurisprudence. Cette question est celle du non cumul des indemnités par l'assuré, que nous allons retrouver dans le paragraphe suivant consacré à la renonciation de l'assureur à son droit de recours.

§ 3. *Absence de recours du fait de la renonciation de l'assureur.*

L'assureur peut, moyennant une prime spéciale, renoncer par avance à exercer un recours contre le

1. Cf. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2737.

2. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2738. — J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 380.

tiers responsable du dommage. Le supplément de prime a pour but de compenser la perte du profit éventuel dont se prive volontairement l'assureur. Ce cas est d'une application assez fréquente en matière d'assurance-incendie, où il arrive que le bailleur stipule une pareille renonciation en faveur de ses locataires. La police-incendie (type actuel) prévoit cette faculté dans les termes suivants : « La Compagnie peut, moyennant surprime, renoncer à l'exercice d'un recours. Toutefois, si le tiers responsable est assuré, elle peut, malgré la renonciation, exercer son recours dans la limite où cette assurance de responsabilité produira son effet ».

On voit par là que la renonciation au recours doit être entendue comme personnelle au responsable et ne peut par suite être invoquée par l'assureur de ce dernier. L'Exposé des Motifs de la loi de 1930 ¹ s'exprime en ce sens et cette solution est très généralement admise par les auteurs ². On fait valoir que, du moment que cette assurance existe, il n'y a pas de raison qu'elle soit privée d'effets. Certes, mais en bonne logique, cette conséquence nous paraît néanmoins critiquable. En effet, l'assureur bénéficiera ainsi d'un profit illégitime puisque, d'une part il aura encaissé une surprime pour sa renonciation au recours et d'autre part, il n'en récupérera pas moins la somme versée en exerçant son recours contre l'assureur du responsable. Nous estimons donc, en toute équité, que la surprime devrait être considérée dans ce cas

1. *Op. cit.*, p. 644.

2. Droz, *Commentaire de la police d'assurance-incendie*, p. 162. — Planiol, Ripert et Lépargneur, *op. cit.*, p. 635. — J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 380.

comme ayant été payée sans cause et le montant devrait par suite en être remboursé à l'assuré.

Lorsque la renonciation au recours est stipulée en faveur de certaines personnes déterminées, elle est strictement personnelle à ces derniers. C'est ainsi par exemple qu'en matière d'assurance-incendie, la renonciation souscrite au profit d'un locataire par le bailleur ne pourrait pas être invoquée de plein droit par le sous-locataire personnellement responsable de l'incendie ¹.

Sous cette réserve, il n'est pas douteux que la renonciation de l'assureur a pour effet de le priver de tout recours contre le tiers responsable. Ce dernier peut bien entendu lui opposer cette renonciation, toutes les fois qu'elle a été expressément formulée ² et tant qu'elle n'a pas été annulée par une stipulation contraire. Cette éventualité peut en effet se produire, même après la survenance du sinistre. Tel serait le cas d'un propriétaire qui, assuré contre l'incendie de son immeuble, annulerait par un accord ultérieur la renonciation primitivement stipulée dans la police au profit de ses locataires. Ces derniers, étrangers à la convention, ne pourraient se prévaloir de cette renonciation devenue caduque pour résister à la demande de l'assureur, à moins toutefois qu'ils ne lui aient signifié au préalable, par une déclaration formelle, leur volonté d'accepter cette renonciation. Dans ce dernier cas en effet, conformément aux règles de la stipulation pour autrui, la renonciation de l'assureur serait devenue irrévocable.

1. Aix, 25 nov. 1937, *Rec. Pér. Ass.*, 1937.400.

2. Il a même été jugé que la renonciation pouvait n'être qu'implicite. V. Rabat, 2 mars 1930, *Rec. Rabat.*, 1930.462.

Ceci précisé, le tiers responsable échappe donc au recours de l'assureur, mais quelle est sa situation vis-à-vis de l'assuré ? Son obligation de réparer le dommage subsiste-t-elle à son égard ou bien est-il en droit de repousser toute demande de sa part, en alléguant que le préjudice subi par lui se trouve intégralement réparé par l'indemnité que lui a versée l'assureur ? En d'autres termes, l'assuré peut-il cumuler l'indemnité d'assurance et la réparation normale du dommage par le tiers responsable ? C'est la question du *cumul des indemnités*, qui a donné lieu à de nombreuses controverses et qui continue d'être encore débattue de nos jours. C'est également le problème du caractère indemnitaire ou non du contrat d'assurance, problème auquel on a l'habitude de rattacher étroitement celui du cumul.

En matière d'assurances de dommages, on décide très généralement que le cumul n'est pas permis parce que ces assurances sont des contrats d'indemnité. Inversement, le cumul est admis dans les assurances de personnes, ainsi que nous le verrons plus loin, parce qu'il ne s'agit plus là de contrats d'indemnité. Autrement dit, dans le premier cas l'assurance ne doit pas être une cause d'enrichissement pour l'assuré ; dans le second cas cette considération est indifférente.

Cette distinction fondamentale a été nettement dégagée par la Jurisprudence au début de ce siècle ¹ et le législateur de 1930 semble l'avoir consacrée avec

1. V. notamment Orléans, 4 août 1905, D. P. 1906.2.292. — Req., 4 fév. 1913, D. P. 1914.1.79. — Cass. civ., 12 fév. 1913, D. P. 1914.1.137 (note de M. Dupuich).

toutes ses conséquences, au nombre desquelles on range notamment la subrogation de l'assureur dans l'assurance de dommages et l'absence de subrogation dans l'assurance de personnes.

Cette conséquence en entraîne une autre, qui la complète ; dans l'assurance de dommages, l'assuré n'a pas d'action contre le tiers responsable parce que ses droits passent à l'assureur ; dans l'assurance de personnes, l'assuré (ou le bénéficiaire) peut agir contre le responsable du sinistre et l'assureur, par contre, n'a aucun droit contre lui.

Ce qui ressort de tout ceci, c'est que, selon le genre d'assurance, le recours de l'assuré exclut celui de l'assureur, ou, inversement, le recours de l'assuré exclut celui de l'assureur. Dans le premier cas, le cumul des indemnités par l'assuré apparaît impossible ; dans le second cas il est parfaitement licite. Quel que soit le cas, par l'effet de cette alternance, le tiers responsable ne pourra se voir réclamer qu'une seule fois la réparation du dommage, et c'est là en définitive le résultat principal à considérer ; car, si l'assurance ne doit pas exonérer le tiers de sa responsabilité, elle ne doit pas non plus l'aggraver.

Dans le cas qui nous occupe, cette éventualité n'est précisément pas à craindre, puisque l'assureur a renoncé à son droit de recours. C'est pourquoi la question du cumul des indemnités par l'assuré peut se poser, bien que l'on soit dans le domaine de l'assurance de dommages où elle est en principe écartée à raison du caractère indemnitaire de ce contrat.

Nous avons déjà eu l'occasion de dire ce que nous pensions de ce principe indemnitaire et de la portée qu'il fallait lui assigner. De toute évidence, ce prin-

cipe ne doit jouer que dans les rapports entre assureur et assuré ; il a pour but, rappelons-le, d'empêcher l'assuré de contracter des assurances exagérées et d'avoir intérêt, par suite, à provoquer le sinistre. Quelle que soit l'importance des sommes garanties, l'assuré ne peut ainsi prétendre qu'à une indemnité strictement représentative du dommage subi. Comme l'indique l'article 14 de la police-incendie (type actuel), « l'assurance ne peut être une cause de bénéfice pour l'assuré ; elle ne lui garantit que la réparation de ses pertes réelles ».

Telle est la grande conséquence du caractère indemnitaire de l'assurance. A notre avis, c'est aussi la seule qui en découle logiquement. Si l'on relit l'article 28 de la loi du 13 juillet 1930, qui pose le principe, on n'y trouve d'ailleurs pas autre chose. Il est ainsi libellé : « l'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre ». On voit donc que l'application du principe ainsi entendu n'est nullement incompatible avec le cumul éventuel des indemnités par l'assuré.

Il faut ajouter d'ailleurs que le principe lui-même n'est pas unanimement admis, du point de vue juridique, même avec cette portée limitée. Certains auteurs le rejettent complètement, parce qu'il repose, selon eux, sur un raisonnement inexact qui cache la véritable réalité juridique.

Les partisans de cette opinion, dont Labbé a été le grand théoricien et le principal propagateur, estiment que l'assurance n'est jamais un contrat d'indemnité,

pas plus l'assurance de choses que l'assurance de personnes. Dans tous les cas, la somme versée par l'assureur ne serait pas la réparation d'un dommage, mais simplement l'exécution d'une obligation conditionnelle ayant comme contre-partie les primes encaissées. On ne peut d'ailleurs mieux faire que de citer Labbé sur ce point : « La perte n'est pas la cause juridique de la dette dont l'assureur est tenu...; l'assurance ne procure pas une indemnité. L'assurance convertit en capital les revenus fournis pendant un temps variable. La perte de l'immeuble est un événement fortuit qui détermine la cessation du cours des revenus à fournir et l'exigibilité du capital convenu. La somme due par l'assureur correspond, comme échange de valeurs, non pas à l'immeuble détruit, mais aux primes accumulées... Dans toutes les hypothèses, l'assurance est un contrat de capitalisation aléatoire¹ ».

Ainsi donc, le prétendu principe n'exprimerait nullement l'essence du contrat. Il ne ferait que conditionner son exécution, d'une façon toute externe, en dressant un obstacle à la tentation possible des assurés de provoquer le sinistre pour s'enrichir.

Cette considération, qui intéresse à la fois l'ordre public et la bonne marche de l'assurance, semble évidemment perdre toute valeur lorsqu'il s'agit de savoir si l'assuré peut cumuler l'indemnité d'assurance et la réparation due par le responsable du sinistre.

D'autre part, si l'on examine les autres arguments

1. Note sous Req., 19 janvier 1880, S. 1880.1.441. — V. aussi : Weens, *op. cit.*, n° 263 et s. — H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 238 et s. — Hugueney, note sous Req., 27 mars 1928, S. 1928.1.257.

qui sont ordinairement invoqués contre le cumul en matière d'assurance de dommages, on constate qu'il n'en est aucun qui ne puisse être réfuté.

Tout d'abord, il est une objection souvent soulevée autrefois et qui ne peut plus l'être aujourd'hui : c'est la crainte de voir le tiers responsable exposé à une double réparation, par suite des actions intentées à la fois par l'assureur et par l'assuré. Cette éventualité n'est plus à redouter en effet, depuis que la jurisprudence ne reconnaît plus à l'assureur un droit propre fondé sur l'article 1382 du Code civil. En toute hypothèse, le tiers ne peut donc être actionné qu'une seule fois, soit par l'assureur subrogé, soit par l'assuré.

On fait valoir ensuite que le tiers peut se soustraire à son obligation en excipant de la réparation du dommage par l'assureur. Il y a bien l'article 1165 du Code civil, en vertu duquel les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties et ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Mais en l'espèce le tiers ne ferait que se prévaloir, non du contrat lui-même, mais d'un simple fait : *l'existence d'un contrat et son application*. C'est exact dans une certaine mesure, mais il n'en demeure pas moins qu'au point de vue équité, la solution est peu défendable. On ne voit pas pourquoi l'auteur du dommage se trouverait déchargé de sa responsabilité, en raison de l'existence d'un contrat dont il n'a pas assumé les charges. En outre, comme le font remarquer MM. H. et L. Mazeaud¹, on aboutirait ainsi à rendre l'assuré victime de sa propre franchise; car c'est très souvent par la déclaration de l'assuré lui-même que l'auteur du sinistre a connaissance de l'assurance.

1. *Op. cit.*, t. I, p. 266.

On objecte enfin que permettre le cumul serait procurer à l'assuré un enrichissement sans cause et d'un caractère immoral. Mais on peut répondre que l'injustice serait plus grande de voir le tiers exonéré sans raison des conséquences de son acte. D'autre part, il ne faut pas oublier que l'assuré a payé des primes qui peuvent représenter une somme importante¹; en outre, il aura généralement versé une surprime pour que l'assureur renonce à son recours et que lui-même soit ainsi en mesure de l'exercer.

Ces diverses considérations ont amené beaucoup d'auteurs² à admettre le cumul en matière d'assurance de dommage, domaine où il était autrefois presque unanimement écarté.

La jurisprudence elle-même, par divers arrêts rendus notamment en matière d'assurances contre les risques de transports³, a marqué ces derniers temps un revirement très net et semble vouloir revenir sur la règle anciennement suivie.

Pour notre part, nous estimons que le cumul peut être admis sans inconvénient toutes les fois que l'assureur n'exerce pas de recours par suite de sa renon-

1. MM. H. et L. Mazeaud estiment même que l'assuré doit pouvoir, dans tous les cas, réclamer au tiers responsable le remboursement des primes qu'il a versées à l'assureur, de manière à être remplacé exactement dans sa situation antérieure (*op. cit.*, t. I, p. 259).

2. Planiol, Ripert et Lépargneur, *op. cit.*, p. 636. — Josserand, *Transports*, 2^e éd., n° 912. — *Cours de Dr. civ. pos. fr.*, t. II, n° 445. — Weens, *op. cit.*, n° 263 et s. — H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, n° 238 et s. — Hugueney, note citée. — Capitanti, *Rev. tr. Dr. civ.*, 1906, p. 52 et s. — Moret, thèse citée, p. 111. — Martin, thèse citée, p. 59.

3. Paris, 18 juillet 1923, *Gaz. Pal.* 1923.2.469. — Cass. civ., 13 mai 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.214. — Paris, 31 octobre 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.703. — Req. 27 mars 1928, deux arrêts, S. 1928.1.257.

ciation à la subrogation. Plusieurs motifs militent, en effet, en faveur de cette solution, et, d'autre part, aucune considération de droit ou d'équité ne s'y oppose véritablement. Toutefois, la loi de 1930 étant muette à ce sujet, c'est en définitive aux tribunaux qu'il appartient de se prononcer sur la question.

§ 4. *Prescription du droit de recours de l'assureur.*

Pour en terminer avec l'étude des divers cas dans lesquels ne joue pas le recours de l'assureur contre le tiers responsable, il nous faut envisager enfin l'hypothèse où ce droit de recours se trouve éteint par la prescription. Quelle est en cette matière la prescription applicable ?

Il peut y avoir, à première vue, une hésitation à ce sujet, en raison de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930 qui pose le principe suivant : « Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance ». Par cette disposition impérative, la loi institue donc en matière d'assurance une prescription biennale dérogatoire au droit commun. Cette prescription est-elle opposable à l'assureur dans l'exercice de son droit de recours ? Ou bien bénéficie-t-il de la prescription ordinaire de trente ans ? Autrement dit, l'action qu'il intente contre l'auteur du sinistre peut-elle être considérée comme une action dérivant du contrat d'assurance ou bien puise-t-elle sa source dans la loi ?

La question se pose sensiblement dans les mêmes

termes pour l'action directe reconnue à la victime d'un accident contre l'assureur du responsable, et elle divise profondément la doctrine et surtout la jurisprudence. Certains tribunaux se prononcent pour la prescription biennale, d'autres pour la prescription trentenaire. Les premiers font valoir que l'action directe, comme celle de l'assuré, a pour cause génératrice la survenance du dommage, pour fondement juridique la police d'assurance, pour but et pour objet la fixation et le règlement de l'indemnité due par l'assureur débiteur commun de l'assuré et de la victime ¹. Les seconds considèrent que si l'action de la victime suppose nécessairement l'existence d'un contrat d'assurance, si elle tend à ramener à exécution les obligations dérivant de ce contrat, elle ne dérive pas elle-même du contrat d'assurance, car elle découle en réalité d'un droit propre et personnel conféré à la victime par l'article 2102, paragraphe 8 du Code civil, elle dérive en d'autres termes de la loi et non du contrat ². A notre avis, c'est cette dernière opinion qui doit prévaloir.

Bien que des arguments analogues puissent être émis au sujet du droit de recours de l'assureur, la question est loin d'être aussi discutée et les auteurs décident unanimement que la seule prescription applicable est la prescription trentenaire de droit commun. Il n'est pas douteux, en effet, que l'action de l'assureur contre le tiers responsable du dommage

1. Paris, 22 avril 1936, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1936.569. — D. P. 1936.2.55. — Alger, 21 déc. 1936, *Rev. gén. Ass. Terr.* 1937.85. — Trib. civ. Vienne, 27 fév. 1937, *Rec. Per. Ass.* 1937.315.

2. Lyon, 6 nov. 1935, *Rev. gén. Ass. Terr.* 1936.567. — Trib. civ. Nice, 22 avril 1936, *Rec. Per. Ass.* 1936.174. — Aix, 3 janv. 1938. — *Argus*, 6 fév. 1938.

n'est autre que l'action même de l'assuré. Or, comme le note en termes excellents M. Maurice Picard, « cette action sanctionne une responsabilité qui résulte du droit commun. Elle ne change pas de nature lorsqu'elle est cédée à l'assureur par une clause de la police ou lorsque l'assureur invoque la subrogation de l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930¹. Si donc le recours de l'assureur suppose nécessairement l'existence d'un contrat d'assurance, il ne dérive à aucun degré de ce dernier puisqu'il trouve sa base directement dans la loi. Ce qui, tout au plus, découle du contrat, c'est la subrogation ou la cession de l'action, mais ce n'est pas l'action elle-même.

C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'Etat dans une affaire mettant en présence la Compagnie d'assurances « Le Soleil », et la ville de Bayonne². Cette décision est, à notre connaissance, la seule de l'espèce et il semble bien que la question ne soit pas destinée à être portée à nouveau devant les tribunaux.

Il faut donc décider qu'en aucun cas le tiers responsable ne peut opposer à l'assureur la prescription biennale de l'article 25, cette prescription n'étant applicable que dans les rapports respectifs de l'assureur et de l'assuré au sujet de l'exécution du contrat.

*
**

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la subrogation légale de l'assureur en matière d'assuran-

1. *Rev. gén. Ass. Terr.* 1934.74 (note sous Cons. d'Etat, 17 nov. 1933). — V. aussi Demogue, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1934, p. 436. — H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2733.4.

2. Conseil d'Etat, 17 nov. 1933. Cf. ci-dessus et *Gaz. Pal.*, 1934. 1.73.

ces de dommages, étude que nous avons essayé de faire aussi complète que possible. Nous nous sommes attachés à montrer la nature et les modalités d'application de cette subrogation, en marquant notamment les différences qu'elle présente par rapport à la cession de droits, stipulée dans les polices. En instituant cette subrogation, le législateur ne s'est pas borné en effet à consacrer le droit de recours de l'assureur, il lui a donné une forme nouvelle. Toutefois, il a laissé subsister l'usage des clauses de cession, l'article 36 n'étant pas une disposition impérative. Il en résulte qu'actuellement le droit de recours de l'assureur peut, selon le cas, résulter soit de la subrogation légale, soit d'une clause de cession de droits. On peut regretter cette dualité que rien au fond ne justifie. La clause de cession s'expliquait autrefois, du fait que l'assureur ne pouvait prétendre à la subrogation de l'article 1251 - 3° du Code civil. Maintenant qu'un texte spécial reconnaît cette subrogation, la survivance des clauses de cession n'a plus de véritable raison d'être. Nous estimons donc que le législateur, pour conserver à son œuvre toute sa portée, eût dû prévoir la subrogation comme seule base du recours de l'assureur; d'autant plus qu'à notre avis, les effets de la subrogation sont plus logiques et plus équitables que ceux de la cession de droits.

On peut regretter également qu'en accordant la subrogation à l'assureur, le législateur n'ait pas posé le principe d'une contre-partie au profit de l'assuré. On sait évidemment qu'en échange des profits qu'elles retirent des recours, les Compagnies d'assurances ont l'habitude de pratiquer un abaissement de leurs ta-

rifs. Mais il n'y a là aucune obligation pour elles; le principe comme le quantum de cet abaissement sont entièrement laissés à leur gré. C'est pourquoi M. Capitant a pu dire à ce sujet : « Il faut reconnaître qu'en subrogeant l'assureur de choses dans les droits et actions de l'assuré, la loi lui fait un cadeau aux dépens de l'assuré. Il serait équitable que l'assureur lui en tint compte ¹ ».

Quoi qu'il en soit, l'œuvre du législateur apparaît bonne dans son ensemble. En créant et en réglémentant la subrogation de l'assureur dans les assurances de dommages, il a mis un point final au travail d'analyse lentement élaboré par la jurisprudence, tout en tenant compte des enseignements que la pratique avait dégagés.

En matière d'assurance de personnes, le législateur a été animé par les mêmes principes. En refusant la subrogation à l'assureur de personnes, il n'a fait, en effet, que consacrer la solution antérieurement établie par les tribunaux. C'est ce que nous allons constater en examinant rapidement la question du recours de l'assureur dans cette branche d'assurance.

1. Commentaire de la loi du 13 juillet 1930, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 780.

TITRE IV

Du recours de l'assureur en matière d'assurances de personnes

TITRE IV

Du recours de l'assureur en matière d'assurance de personnes

Cette question est aujourd'hui réglée par l'article 55 de la loi du 13 juillet 1930, qui est ainsi libellé : « Dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre. »

Cette disposition, qui vise les assurances individuelles contre les accidents et les assurances sur la vie, fait pendant à l'article 36 relatif aux assurances de dommages et pose un principe exactement contraire. Le législateur a donné de cette différence l'explication suivante : « L'assurance de personnes n'est pas, comme l'assurance de choses, un contrat d'indemnité. Si l'idée de dommage subi et d'indemnité n'y fait pas nécessairement défaut, elle y reste normalement indifférente. Elle est absente dans les assurances en cas de vie et dotales; quand elle existe (assurance en cas de décès et contre les accidents), elle donne lieu à une évaluation difficile. A cette règle générale que l'assurance de personnes n'est pas un contrat d'indemnité, il faut rattacher le refus de la subrogation de l'assureur de personnes aux droits de l'assuré ou

du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre. La règle contraire est consacrée en matière d'assurance de choses parce qu'elle est un contrat d'indemnité¹ ».

En ces lignes se trouve résumée la théorie édifiée par la jurisprudence au début de ce siècle en matière de recours de l'assureur, théorie qui a opéré une démarcation complète entre l'assurance de choses et l'assurance de personnes. Jusqu'alors, aucune distinction n'avait été faite à ce sujet. Qu'il nous suffise de rappeler le projet de loi de 1904 qui accordait la subrogation aussi bien à l'assureur de choses qu'à l'assureur de personnes. Il apparaît donc intéressant de retracer, dans ses phases essentielles, le mouvement qui a conduit à la solution actuelle.

Indiquons tout d'abord que dans les assurances de personnes, le problème du recours de l'assureur s'est toujours posé, non sous l'angle de la subrogation, mais sous celui de l'action directe fondée sur l'article 1382 du Code civil. A cela il y a une raison bien simple, c'est que les clauses de subrogation, d'un usage courant en matière d'assurances de choses, ne se rencontraient pratiquement pas dans les assurances de personnes. Seules les assurances individuelles contre les accidents en offraient quelques exemples; elles étaient totalement inusitées dans les assurances sur la vie (sauf dans certaines polices d'assurances mutuelles).

Pourquoi les polices d'assurances sur la vie ne contenaient-elles pas de clauses de subrogation alors qu'aucune disposition légale ne s'y opposait ? Pour-

1. Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 646.

quoi cette différence avec les assurances de choses, à une époque où on leur reconnaissait en somme la même nature juridique qu'à ces dernières ? Seules des considérations d'ordre pratique paraissent pouvoir l'expliquer. Lefort donnait à ce sujet la raison suivante : « Si la subrogation conventionnelle n'existe pour ainsi dire pas en matière d'assurance-vie, c'est vraisemblablement à raison de la concurrence que se font les Compagnies et surtout parce que les morts violentes sont relativement rares¹ ». Il est effectivement certain qu'autrefois les morts par meurtre ou accident étaient, du point de vue assurance, peu nombreuses. L'ouverture d'un recours se trouvant ainsi limitée à quelques cas exceptionnels, les assureurs pouvaient considérer cette source de profits comme négligeable (aujourd'hui la situation n'est plus la même du fait de la fréquence des morts accidentelles dues notamment aux accidents d'automobiles).

D'autres raisons peuvent aussi expliquer l'absence de clauses de subrogation dans les polices d'assurances sur la vie ? Tout d'abord, il ne faut pas oublier qu'en cette matière (assurances décès) ce n'est pas l'assuré qui bénéficie de l'assurance, ce sont ses ayants droit ou toute autre personne désignée par lui. Par suite, l'assuré ne peut, selon les termes traditionnels de la clause subrogative, céder ses droits contre le tiers responsable du sinistre; l'action en dommages-intérêts contre l'auteur du décès ne naît

1. J. Lefort, *Nouveau Traité d'assurance sur la vie*, t. II, p. 17.
— V. aussi Grün et Joliat, *Traité des Assurances terrestres*, n° 413.

pas en effet sur sa tête, elle naît directement sur celle de sa veuve ou de ses héritiers; l'assuré ne pourrait donc céder que les droits de ces derniers et cela se conçoit assez difficilement. D'autre part, le bénéficiaire de l'assurance peut être une personne non parente qui ne subit, en principe, aucun préjudice de la mort de l'assuré; personnellement, elle ne saurait donc transmettre aucune action à l'assureur et, par ailleurs, on ne comprendrait pas que les héritiers qui, dans ce cas, n'auraient rien touché de l'assurance fussent dépossédés de leur action au profit de l'assureur. Autre raison possible : les assurances sur la vie ne s'imposent pas comme un besoin au même titre que les assurances de choses; les assureurs pouvaient donc craindre de nuire à leur développement en exigeant des assurés une subrogation d'ailleurs très contestable dans son principe, d'autant plus qu'en ce domaine, le cumul des indemnités par l'assuré ou ses ayants droit était parfaitement admis¹. Enfin, il faut

1. Lefort, partisan de la clause de cession, la justifiait ainsi : « Afin de ne soulever aucune objection de la part des assurés, cette cession devrait n'être consentie que sous la condition formelle qu'en cas d'insuffisance du capital garanti comme réparation du préjudice matériel causé par l'accident, l'assuré ou ses ayants cause exerceraient eux-mêmes, dans la limite de cette insuffisance, leur recours personnel contre le tiers auteur dudit accident. De cette façon, tous les intérêts en jeu se trouveraient équitablement sauvegardés : le bénéficiaire de l'assurance et l'assureur seraient l'un et l'autre intégralement indemnisés, mais l'auteur du dommage ne serait jamais exposé à payer une indemnité supérieure au dommage. On éviterait ainsi un résultat scandaleux, celui de voir l'auteur de l'accident échapper à toute responsabilité civile si l'assuré, largement indemnisé par l'assureur, n'exerce pas de recours contre lui ou, dans le cas contraire, celui de le voir condamné à réparer un prétendu préjudice inexistant, parce que déjà complètement réparé par l'assureur, c'est-à-dire de voir alors l'assuré tirer un bénéfice illégitime de l'accident. grâce à la double responsabilité, contractuelle et délictuelle, qu'il engendre à son profit (*op. cit.*, t. II, p. 17).

considérer que l'exercice du recours aurait souvent été rempli d'aléas : en cette matière, en effet, l'assureur ne peut guère compter sur la possibilité de recourir contre un autre assureur, comme c'est le cas normal dans les assurances de dommages, en particulier dans les assurances contre l'incendie; par suite, qu'il s'agisse de meurtre ou d'homicide par imprudence, l'assureur risquerait fort de se trouver devant un insolvable.

Quoi qu'il en soit, la clause subrogative n'existant pas et la subrogation légale n'étant pas applicable, les assureurs fondèrent leur action sur l'article 1382 du Code civil lorsqu'ils voulurent exercer un recours contre le responsable du sinistre. Nous avons déjà exposé (voir *supra*. p. 43 et suiv.) comment cette action, basée sur l'idée d'un préjudice causé à l'assureur, et unanimement admise dans les assurances de choses, fut tout d'abord étendue sans difficultés aux assurances de personnes. Nous avons également indiqué comment elle fut ensuite indistinctement rejetée par les tribunaux à la suite des conséquences choquantes que son application fit apparaître en matière d'assurances de personnes. Nous ne reviendrons pas sur ce premier point. Rappelons simplement que le préjudice invoqué par l'assureur était le fait d'être obligé de verser prématurément la somme assurée, par la faute du tiers responsable. Rappelons aussi que toute la difficulté provenait du manque de corrélation entre le capital payé par l'assureur et le préjudice causé à l'assuré, à la différence de ce qui se passe dans les assurances de choses où cette corrélation est de règle absolue; le tiers responsable pouvait ainsi se voir réclamer par

l'assureur une somme hors de proportion avec le dommage dont il devait normalement réparation. En outre, le tiers se trouvait exposé à une double action, car le préjudice direct subi par l'assuré ne se confondait nullement avec le prétendu préjudice indirect causé à l'assureur.

La situation du tiers se trouvait donc injustement aggravée par l'existence d'un contrat qui était cependant pour lui une « *res inter alios acta* ». Cette conséquence ne pouvait manquer d'échapper aux tribunaux et c'est ainsi qu'ils furent rapidement amenés à revenir sur leur première opinion. Dès 1902, la Cour d'Amiens rendait à cet égard, en matière d'assurances sur la vie, un arrêt des plus significatifs¹ : « Considérant, dit cet arrêt, que les contrats d'assurance sur la vie souscrits par les Compagnies dans le but et avec l'espoir, fort légitime d'ailleurs, de réaliser des bénéfices, ne peuvent aggraver la responsabilité des personnes dont l'imprudence ou la négligence a causé la mort de l'assuré; que ces contrats sont à leur égard « *res inter alios acta* » et ne sauraient servir de fondement contre elles à une action quelconque... »

Après cet arrêt, qui marque le point de départ de la nouvelle jurisprudence, l'action directe de l'assureur fut invariablement rejetée par les tribunaux. A vrai dire, on avait essayé auparavant d'atténuer les conséquences trop rigoureuses de cette action en faisant abstraction de la valeur assurance pour ne considérer que la valeur individu; le recours de l'assureur aurait ainsi été limité au montant du préjudice

1. Amiens, 4 nov. 1902, D. P. 1903.2.313, S. 1903.3.357. — V. aussi Trib. com. Seine, 13 avril 1905, R. P. 1906.199.

réellement causé à l'assuré ou à ses ayants droit¹. Il avait été jugé dans ce sens que « l'assureur qui a payé à la veuve de l'assuré le capital fixé par la police est subrogé aux droits de celle-ci, non pas pour prétendre au remboursement d'une somme fixée par une convention aléatoire, mais pour réclamer, aux droits de cette veuve, la somme de dommages-intérêts que celle-ci eût pu obtenir contre l'auteur du sinistre personnellement² ». Mais c'était là abandonner la base de l'action directe pour faire appel à la notion de subrogation. Or, la subrogation légale était inapplicable, nous l'avons vu, et, d'autre part, la clause subrogative n'était pas usitée.

On avait remarqué en outre que, en admettant qu'il y eût préjudice à l'égard de l'assureur, ce préjudice ne pouvait être égal à la somme assurée. Il fallait tenir compte en effet des primes encaissées par l'assureur, primes souvent importantes en matière d'assurance sur la vie. C'est pourquoi certains étaient d'avis que la somme réclamée par l'assureur ne devait, en aucun cas, être supérieure à la différence entre le capital assuré et la valeur de rachat de la police au jour du décès de l'assuré. Mais cette atténuation était à la fois arbitraire et insuffisante; d'autre part, dans le cas d'une police n'ayant pas de valeur de rachat au moment du sinistre, le recours de l'assureur se trouvait bien porter sur la totalité du capital assuré. Les inconvénients de l'action directe

1. Trib. civ. Montpellier, 22 mai 1903 et sur appel Montpellier, 9 janv. 1905, D. P. 1906.2.185.

2. Caen, 11 août 1868, *Journal des Assurances*, 1870.54. — Dans le même sens, Paris, le 13 juin 1893, D. P. 94.2.505. — Trib. civ. Seine, 13 juin 1899, J. A. 1899.497.

subsistaient donc en définitive et cela explique que les tribunaux aient été amenés à refuser à l'assureur de personnes tout recours fondé sur cette action.

A la suite de ce revirement si net de la jurisprudence, la question semblait définitivement tranchée, lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1911 au profit de l'Etat, vint remettre tout en cause. Cet arrêt apparut en effet aux assureurs comme le signe d'une orientation nouvelle et un retour à l'ancienne jurisprudence. Les faits étaient les suivants. Il s'agissait d'un soldat réserviste qui avait été gravement blessé dans un accident de chemin de fer survenu à Labenne (Landes). Il obtint de la Compagnie du Midi une indemnité. D'autre part, ayant été blessé en service commandé, il obtint de l'Etat une pension. L'Etat actionna la Compagnie du Midi responsable de l'accident et lui réclama l'équivalent du capital nécessaire à la constitution de la dite pension. Son recours fut admis par la Cour de cassation en ces termes très généraux : « Attendu que l'auteur ou celui qui est civilement responsable d'un délit ou d'un quasi-délit est tenu envers toute personne de réparer le dommage, quelle qu'en soit la nature, qui a été causé à cette dernière par le fait illicite, que la faute dont la Compagnie a été reconnue responsable a eu pour conséquence de substituer une dette immédiatement exigible à l'obligation simplement conditionnelle existant auparavant à la charge de l'Etat, relativement à la constitution d'une pension au profit de Castets; que ladite faute a donc causé à l'Etat un dommage actuel dont celui-ci était en droit de demander la réparation aux termes de l'article 1382 du Code civil, et qu'en

admettant le principe de sa réclamation, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une exacte application de la loi...¹. »

Cet arrêt posait donc, en règle générale, le droit pour toute personne d'exiger réparation d'un dommage à elle causé par l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit, notamment dans le cas où le fait délictueux avait pour effet de transformer *en une dette immédiatement exigible* une obligation qui n'existait qu'à *titre purement conditionnel*.

L'analogie avec le cas de l'assureur était frappante. C'est d'ailleurs dans les mêmes termes que le recours par action directe avait été primitivement admis dans les assurances de choses. D'autre part, au point de vue de ses conséquences, le recours accordé à l'Etat se présentait de façon identique : il exposait le tiers responsable à une réparation qui, selon l'importance de la pension, pouvait être très supérieure au dommage directement causé par lui; d'autre part, le tiers pouvait être tenu de payer une double indemnité, l'une à l'intéressé ou à ses ayants droit, l'autre à l'Etat².

Devant cette similitude de situation, les assureurs estimèrent — assez légitimement — que la jurisprudence de cet arrêt devait s'appliquer à leur cas³ et

1. Civ., 7 mars 1911, D. P. 1911.1.57; *contra* : Dijon, 21 janv. 1926, D. P. 1928.2.41 (note de M. Ripert).

2. A cet égard, il n'en est plus de même aujourd'hui, car la Chambre civile de la Cour de cassation admet que, dans l'évaluation des dommages-intérêts alloués à la victime ou à ses ayants-droit, les Tribunaux tiennent compte des prestations qu'elles reçoivent de l'Etat et que celui-ci pourra récupérer contre l'auteur de l'accident.

3. M. Lyon-Caen lui-même, dans une note sous cet arrêt, indiquait que la décision de la Cour de cassation impliquait l'admission d'une doctrine générale qui devait recevoir application dans des cas variés et notamment en matière d'assurances.

la question du recours de l'assureur de personnes fut de nouveau portée devant les tribunaux.

La Cour de cassation appelée à statuer sur ce problème ne s'arrêta cependant pas à l'analogie et, par un arrêt du 6 janvier 1914¹ qui déclara irrecevable l'action de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre, elle consacra de manière définitive le revirement de jurisprudence qui avait été précédemment inauguré par les tribunaux et Cours d'appel. Cette décision prit d'autant plus de relief que le cas soumis à la Cour ressemblait en tous points à l'espèce tranchée par l'arrêt de 1911.

Une personne, assurée sur la vie, avait été tuée au cours d'un accident de chemin de fer; son assureur, la Compagnie « Le Phénix », actionna la Compagnie des chemins de fer du Midi en paiement d'une somme égale à la différence entre le capital assuré et la valeur de rachat de la police au jour du décès. Cette action fut repoussée pour le motif « qu'à l'exception d'un certain nombre de cas, la Compagnie d'assurances avait pris à sa charge, sans restriction ni réserve, tous les risques de mort auxquels l'assuré pouvait être exposé, que l'éventualité d'un accident de chemin de fer, qui ne rentrait dans aucun des cas limitativement exceptés par contrat, était nécessairement comprise dans les prévisions de cette Compagnie, qui l'avait prise en considération pour le calcul de la prime et qui ne prouvait pas, comme elle eût dû le faire pour justifier sa prétention, qu'elle avait entendu se réserver la possibilité d'un recours contre l'auteur de l'ac-

1. Civ., 6 janvier 1914, D. P. 1918.1.57 (note de M. Dupuich); S. 1921.1.217 (note de M. Perreau).

cident qui avait causé la mort de l'assuré¹ ». La Cour en concluait que la Compagnie d'assurances n'avait souffert aucun préjudice et que, si le capital assuré était devenu exigible par suite de l'accident, il n'y avait là que le jeu normal d'un risque prévu, évalué et accepté aux termes de la police.

Comment expliquer cette différence de traitement entre l'Etat et l'assureur, alors que leur situation respective présente incontestablement, dans le cas envisagé, de grandes analogies ?

Si l'on se place uniquement sur le terrain de la responsabilité civile, comme le font certains auteurs², la thèse de la Cour de cassation peut prêter à discussion. En effet, cette thèse s'appuie sur le caractère illimité de la responsabilité délictuelle, qui, à la différence de la responsabilité contractuelle, oblige le

1. Par cette dernière considération, la Cour admettait implicitement la validité d'une clause de subrogation en matière d'assurances sur la vie. — Toutefois, dans sa note sous cet arrêt, M. Dupuich montrait que, dans l'assurance-vie, à la différence des autres assurances, la prime est fixée avec une rigidité absolument mathématique d'après les tables de mortalité, lesquelles ne comportent aucune distinction suivant les causes de décès. Il notait que la prime pure telle qu'elle ressort des tables de mortalité, subit une correction en plus appelée chargement pour devenir la prime commerciale, mais aucune correction en moins correspondant à l'escompte d'un recours possible contre l'auteur éventuel du décès. D'ailleurs, ajoutait-il, les compagnies n'auraient même pas le droit de le faire, le 3^e décret du 20 janvier 1906 leur interdisant d'abaisser la prime au-dessous du chiffre obtenu en combinant le taux d'intérêt déterminé par le Gouvernement, la table de mortalité A. F. et un chargement de 7 %. Quelle que soit la valeur de cette argumentation, ce n'est pas là que réside, à notre avis, la vraie raison du rejet du recours. En effet, l'action directe de l'assureur était pareillement repoussée en matière d'assurance individuelle contre les accidents et la tarification des primes n'y est cependant pas soumise à la même réglementation rigide.

1. V. notamment Savatier, note sous Civ., 14 mars 1934, D. P. 1934.1.59. — Perreau, note sous Civ., 6 janvier 1914 ; S. 1921.1. 217.

responsable à réparer, même dans ses conséquences les plus éloignées, le dommage qu'il a causé. De cette interprétation — d'ailleurs non contestée — de l'article 1382 du Code civil, il résulte que l'auteur fautif d'un accident est tenu d'indemniser non seulement la victime elle-même et les personnes qui éprouvent de sa disparition un dommage immédiat, mais aussi tout intéressé à qui l'accident cause, par répercussion, un préjudice à raison des liens contractuels ou légaux qui l'unissaient à la victime. Pour l'assureur, on peut objecter évidemment qu'il encaisse des primes et que, de par la nature même de ses opérations, il s'expose volontairement à la survenance du risque. Mais une objection analogue peut être faite à l'Etat qui, par le statut qu'il concède à ses employés, s'expose également à l'éventualité du risque et qui, au surplus, opère des retenues sur le traitement de ses fonctionnaires. D'autre part, si l'on admet que le tiers responsable ne peut se voir opposer l'existence d'un contrat d'assurance, il n'y a pas davantage de raison qu'on permette à l'Etat d'invoquer le statut qui le lie à ses agents, qui est pareillement pour le tiers une « *res inter alios acta* ». L'obligation de l'Etat repose en effet sur une cause juridique propre, elle n'a aucun lien avec celle du tiers responsable.

Pour justifier la distinction opérée par elle, il faut donc que la Cour de cassation ait fait appel à d'autres considérations. Elle a effectivement tenu compte du mécanisme technique de l'assurance. Elle a considéré que l'assureur perçoit des primes qui sont mathématiquement calculées de façon à représenter la contrepartie exacte des risques assumés; qu'il ne peut subir

par suite aucun préjudice, quelle que soit la cause du sinistre. Pour l'Etat, au contraire, les risques de décès ou d'invalidité de ses agents ne sont pas prévus et garantis selon les lois de l'assurance; d'autre part, les versements qui alimentent les fonds de la caisse des retraites ne sont pas en proportion avec les pensions à servir.

Cette argumentation se retrouve d'ailleurs avec beaucoup de netteté, dans les conclusions de M. l'avocat-général Sens-Olive qui, faisant un parallèle entre l'assureur et l'Etat, s'exprime ainsi : « L'assurance est un contrat aléatoire, au sujet duquel les parties ont nécessairement fait entrer en ligne de compte dans leurs prévisions, l'éventualité d'une mort accidentelle, et l'obligation de l'assureur ne trouve pas sa cause juridique dans l'accident, mais dans le contrat. L'accident n'est ici que l'occasion faisant jouer la clause du contrat par laquelle l'assureur s'est obligé à payer une indemnité au cas de mort accidentelle de l'assuré.

« Mais la situation de l'Etat est toute différente. Il ne fait pas, comme les Compagnies d'assurances, commerce de contrats aléatoires, il ne perçoit point comme elles des primes calculées d'après des tarifs établis en considération de « moyennes » qui tiennent compte de toutes les éventualités... Si l'Etat retient sur le traitement de ses agents un pourcentage destiné en principe à alimenter un fonds de capitalisation de retraites, il n'en est pas moins astreint dans des cas nombreux, lorsqu'il s'agit par exemple de simples soldats, à payer des pensions de réforme à des serviteurs n'ayant jamais subi de retenue sur un salaire ou une solde.

« L'indemnité d'assurance est due en vertu d'un contrat. La pension de retraite servie par l'Etat a sa source dans la loi. Aucune assimilation ne peut, à mon sens, justifier le rapprochement entre l'Etat débiteur d'une pension, et l'assureur débiteur d'une indemnité stipulée ¹ ».

Il est bien évident que dans la réalité des choses, la situation de l'assureur est entièrement différente de celle de l'Etat ; mais, à notre avis, cela ne suffit pas pour justifier le recours de ce dernier et nous estimons qu'il devrait être rejeté aussi bien que celui de l'assureur. Les obligations volontairement assumées par l'Etat ont leur source dans le statut de ses agents, et non dans l'accident, lequel n'a fait qu'en provoquer l'exécution. A ce point de vue le recours de l'Etat contre le tiers responsable prête aux mêmes critiques que l'action directe de l'assureur. Cette opinion est d'ailleurs celle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui, en opposition avec la Chambre civile, refuse à l'Etat tout recours en matière de pensions d'ancienneté ². A notre avis, la seule solution juridique serait que, par une disposition légale analogue à celle dont bénéficie l'employeur en matière d'accidents du travail, l'Etat fût substitué à son agent dans l'exercice de l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'accident, étant entendu qu'en aucun cas la responsabilité de ce dernier ne pourrait s'en trouver aggravée.

Quoi qu'il en soit et pour en revenir au recours de

1. Cass. civ., 14 mars 1934, D. P. 1934.1.59.

2. V. notamment Cass. crim., 7 mai 1937, *Gaz. Pal.* 1937.2.329.
— Cass. crim., 11 fév. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.535.

l'assureur dans les assurances de personnes, indiquons que l'arrêt de 1914 devait marquer la fin du débat ; la jurisprudence fut considérée comme définitivement fixée et les auteurs l'approuvèrent dans leur grande majorité. Signalons toutefois que la Cour n'avait statué que sur la recevabilité d'une action directe, tout en réservant la question de la subrogation conventionnelle. Les termes de l'arrêt montrent nettement qu'elle en admettait le principe dans les assurances sur la vie. D'autre part, la validité en était reconnue dans les assurances individuelles contre les accidents, où la clause subrogative était fréquente. Faut-il admettre qu'une évolution s'est faite également à ce sujet et qu'on a considéré peu à peu qu'en matière d'assurances de personnes, l'assureur ne devait avoir aucun recours, par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit ?

On peut le penser, car l'article 55 de la loi du 13 juillet 1930 édictant de façon impérative l'absence de subrogation dans les assurances de personnes est généralement interprété comme contenant l'interdiction de tout recours au profit de l'assureur. Il impliquerait notamment l'impossibilité de stipuler dans la police une clause de cession comme celle en usage dans les assurances de choses¹.

La question n'a que peu d'importance pour les assurances sur la vie, où la pratique des clauses de ces-

1. En ce sens, Sumien, *op. cit.*, p. 89. — M. Picard et Besson, *op. cit.*, p. 95. — H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, p. 794, n° 2732. — Capitant, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 780. — J. Godart et Perraud-Charmantier, *op. cit.*, p. 486. — *Contra* : Planiol, Ripert et Lépargneur, *op. cit.*, p. 636. — Trasbot, Commentaire de la loi du 13 juillet 1930, D. P. 1931, IV, p. 29.

sion-subrogation n'a pour ainsi dire jamais existé. Mais il n'en est pas de même pour les assurances individuelles contre les accidents, dont les polices contenaient assez souvent de telles clauses. Doivent-elles être désormais considérées comme nulles ?

La difficulté a été portée devant les tribunaux à propos de polices antérieures à la loi de 1930. Un arrêt de la Cour d'appel de Caen¹, tout en admettant le caractère impératif de l'article 55 de la loi du 13 juillet 1930, a très justement décidé qu'il n'était pas applicable en l'espèce ; il s'agissait d'une police à durée indéterminée souscrite antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Par suite a été déclarée bonne et valable la clause subrogeant l'assureur dans tous les droits et actions de l'assuré contre les tiers responsables de l'accident. Par contre la Cour de Montpellier s'est prononcée en sens contraire dans un cas analogue, pour le motif que l'article 55, en prohibant la subrogation, n'avait fait que sanctionner un principe antérieurement admis.

Par cet arrêt critiquable à plus d'un titre, il est certain que la Cour de Montpellier a commis une confusion. Ce que la jurisprudence rejetait avant la loi de 1930, c'était la subrogation légale de l'article 1251-3° du Code civil et l'action directe fondée sur l'article 1382, mais non les stipulations de subrogation ou de cession de droits contenues dans les polices. Il n'est donc pas possible de faire état de cette jurisprudence pour donner un effet rétroactif à l'article 55. Par contre, on pourrait être tenté d'en tirer argument pour soutenir que l'article 55 n'a pas la portée absolue

1. Caen, 10 mai 1933, *Rec. Per. Ass.*, 1934, p. 407.

qu'on lui prête. Mais, à la vérité, ce point ne paraît guère discutable, bien que le législateur n'ait pas explicitement tranché la question.

Tout d'abord, en effet, l'article 55 est une disposition impérative ; il fait partie des nombreuses prescriptions de la loi de 1930 qui, aux termes mêmes de l'article 2 de ladite loi, « ne peuvent pas être modifiées par la convention ». Il faut donc en conclure, selon la volonté du législateur, que le principe posé par l'article 55 a un caractère absolument obligatoire, qui ne laisse place à aucune dérogation contractuelle des parties. Les termes employés sont d'ailleurs très nets : « l'assureur *ne peut être* subrogé... » C'est donc bien d'une impossibilité qu'il s'agit.

La loi, il est vrai, ne parle que de la subrogation et ne souffle mot de la cession de droits. Certains auteurs ¹ en déduisent que le législateur n'a pas entendu la prohiber et qu'elle peut par suite être valablement stipulée dans les polices. En s'en tenant strictement à la lettre du texte, cette opinion est défendable et il est fâcheux que le législateur n'ait pas cru devoir éclairer plus complètement sa pensée. On peut faire valoir en effet que la clause de cession de droits était admise antérieurement à la loi ; on peut alléguer en outre que la cession de droits ne s'identifie pas avec la subrogation ; à la différence de cette dernière qui ne se produit qu'après le paiement, la cession est consentie dès la signature de la police, donc avant tout paiement.

1. Planiol, Ripert et Lépargneur, *op. cit.*, p. 636. — Guyot, Commentaire de la loi du 13 juillet 1930. *Lois nouvelles*, 1931, p. 464. — Trasbot, *op. cit.*, p. 29.

Nous estimons toutefois que cette base de discussion est un peu artificielle ; il ne faut pas oublier en effet que, dans l'histoire du recours de l'assureur, l'usage de la cession de droits n'est apparue que pour suppléer à la subrogation refusée par la loi. Leur identité de but permet donc difficilement de les dissocier l'une de l'autre, malgré les quelques différences qu'elles présentent dans leurs effets. D'autre part nous avons déjà exposé dans quel sens il fallait, selon nous, entendre le terme subrogation dans la loi de 1930. Nous avons montré que le recours de l'assureur devait s'analyser juridiquement en une cession de droits se réalisant dans le cadre d'une subrogation légale ; et nous en avons conclu qu'il fallait voir là une subrogation *lato sensu* synonyme de substitution. Par suite, l'article 55 doit être lu, à notre avis, comme s'il y avait « l'assureur ne peut être *substitué* au contractant ou au bénéficiaire », ce qui englobe à la fois la subrogation et la cession de droits. Enfin il faut bien tenir compte de l'intention non équivoque du législateur. En interdisant d'une façon impérative la subrogation de l'assureur, il a voulu manifestement empêcher que celui-ci puisse se substituer à l'assuré ou au bénéficiaire pour exercer un recours contre l'auteur de l'accident. Or, que resterait-il de cette interdiction s'il était loisible à l'assureur de stipuler dans la police une cession de droits à son profit, ce qui lui procurerait les mêmes droits que la subrogation et même davantage, puisque la cession est à certains égards plus avantageuse ?

Cette conclusion se dégage également de l'Exposé

des motifs de la loi de 1930¹, où il est noté que l'opposition faite entre les assurances de dommages et les assurances de personnes au point de vue du recours de l'assureur se retrouve dans les législations allemande et suisse. La loi allemande du 30 mai 1908 sur les assurances réglemente en effet avec soin dans son article 67 la subrogation de l'assureur de dommages, mais est muette sur la subrogation dans les assurances de personnes; c'est donc qu'elle ne l'admet pas. Quant à la loi suisse du 2 avril 1908, elle dispose en termes formels que « dans l'assurance de personnes, les droits que l'ayant droit aurait contre les tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur » (art. 96). Par la référence qui est faite à ces deux législations, les auteurs de la loi montrent nettement qu'ils ont entendu adopter les mêmes solutions, c'est-à-dire refuser tout recours à l'assureur dans les assurances de personnes.

Ceci dit, faut-il approuver sans réserve la décision du législateur ? Nous ne le croyons pas. Nous estimons en effet que si le principe de la subrogation ne se présente pas dans les assurances de personnes exactement sous le même angle que dans les assurances de dommages, son rejet absolu n'apparaît cependant pas comme une chose qui s'impose. D'autre part l'absence de subrogation engendre des conséquences qui ne sont pas toutes très heureuses.

Du point de vue technique tout d'abord aucune raison majeure ne justifie vraiment la différence faite entre les deux catégories d'assurance, au sujet de la subrogation. Les assurances de personnes obéissent

1. *Op. cit.*, p. 646.

en effet aux règles techniques de l'assurance, au même titre que celles de dommages.

Ce point a été contesté pour les assurances sur la vie, dans lesquelles certains ont voulu voir avant tout des opérations de capitalisation aléatoire. Cette opinion est erronée, tout au moins en ce qui concerne les assurances en cas de décès, les seules dont il puisse être question ici. L'assurance sur la vie a sa technique propre, mais elle n'en est pas moins une véritable assurance, puisqu'elle en comporte les trois éléments essentiels : risque, prime et somme assurée. La seule différence importante qui sépare les assurances de personnes des assurances de dommage, c'est la fixation de la somme assurée. Dans les premières, cette somme ne peut être supérieure au dommage subi ; dans les secondes elle est librement fixée par les parties, sans corrélation obligatoire avec l'importance du dommage. Les premières sont des contrats d'indemnité ; ce caractère est refusé aux autres.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ce principe indemnitaire et de sa raison d'être en matière d'assurances de dommages. On conçoit très bien qu'il ne s'applique pas aux assurances de personnes, car on n'a pas à y craindre que l'assuré, étant lui-même l'objet du risque, recherche frauduleusement la réalisation du sinistre ; dans l'assurance sur la vie, ce n'est d'ailleurs pas lui qui doit profiter du capital assuré ; dans l'assurance-accident, il est vraisemblable qu'il hésitera à porter atteinte à sa personne et en tout cas, il lui sera difficile d'y parvenir sans que la fraude s'aperçoive. Il n'y a donc aucun inconvénient à laisser libre la fixation des sommes assurées et à permet-

tre les assurances successives ou cumulatives, de même que le cumul des sommes assurées avec les dommages-intérêts dus par le responsable de l'accident. Ajoutons que ces conséquences s'expliquent par une autre raison : c'est qu'il n'est pas possible en cette matière de chiffrer exactement le dommage ; la vie d'un individu, sa capacité de travail ne sont pas susceptibles d'une évaluation précise.

Il en résulte que les assurances de personnes ne sont pas considérées comme des contrats d'indemnité, non pas parce qu'elles n'ont aucun caractère indemnitaire ¹, mais parce que les sommes garanties ne représentent pas exactement la réparation du préjudice subi, mort ou accident ; il peut même arriver qu'elles lui soient très largement supérieures.

Cette absence de corrélation entre les sommes stipulées et l'importance du préjudice s'explique donc aisément. Mais ce qui paraît moins clair, c'est la conséquence qu'on y attache — et que le législateur a consacrée — relativement à la subrogation de l'assureur.

Cette subrogation est admise en effet dans l'assurance de dommages, parce que l'indemnité représente strictement l'équivalent du dommage subi ; elle est refusée dans l'assurance de personnes pour la raison inverse. Cette solution a la rigueur d'un syllogisme, mais elle n'est pas absolument évidente. Elle crée un

1. Il n'est pas douteux, en effet, que les assurances individuelles de même que les assurances en cas de décès ont bien pour objet la réparation d'un préjudice. Cela est surtout vrai pour les assurances individuelles qui, jusqu'au projet de loi de 1925, ont toujours été considérées comme des contrats d'indemnité, au même titre que les assurances de choses.

lien étroit entre la somme assurée et le recours de l'assureur, et laisse croire que dans l'assurance de personnes, la subrogation permettrait à l'assureur de réclamer au tiers responsable la totalité de la somme assurée. C'est effectivement ce qu'on fait généralement ressortir, en disant que le tiers ne saurait voir sa responsabilité aggravée du fait d'un recours accordé à l'assureur et basé sur des sommes arbitrairement fixées. Cette remarque était valable lorsqu'il s'agissait de l'action directe. Mais on oublie que la subrogation ne peut conférer à l'assureur des droits plus étendus que ceux de l'assuré ou de ses ayants droit, étant donné que c'est l'action même de ces derniers qui lui est transmise. L'assureur, agissant en leur lieu et place, ne pourrait donc actionner le tiers responsable que dans la limite du préjudice causé par lui, et non en fonction de la somme assurée. Dans le cas où les dommages-intérêts seraient inférieurs à la somme assurée, l'assureur encaisserait le total ; dans le cas contraire l'assuré ou le bénéficiaire seraient payés par préférence et le surplus reviendrait à l'assureur. En tout état de cause, la réparation due par le tiers serait limitée au préjudice causé par lui.

On voit donc que de ce chef, il n'y a pas d'obstacle réel à la subrogation. Il s'ensuivrait une suppression du cumul des indemnités, lequel est actuellement admis en assurances de personnes ; mais ce résultat peut-il être considéré comme fâcheux ? Il ne semble pas, si du moins l'assuré trouve un avantage par ailleurs. Il est des cas en effet où le cumul peut être choquant et certains le réprouvent, sous prétexte qu'il

procure aux bénéficiaires un enrichissement injustifié ¹.

En échange de la subrogation, il faudrait par contre que les assureurs pratiquent, comme ils le font en principe en assurance de dommages, un abaissement du tarif des primes. Rien ne s'y oppose en matière d'assurances individuelles contre les accidents et c'est surtout dans ces dernières que la subrogation présenterait un intérêt. Pour les assurances sur la vie, il peut y avoir une difficulté du fait que la loi impose aux assureurs un tarif minimum ; mais un résultat analogue pourrait être obtenu en affectant par exemple le montant des recours à des bonifications qui viendraient augmenter les capitaux assurés, et profiteraient ainsi à l'ensemble de la mutualité.

Il faut convenir que ces diverses raisons justifieraient dans une certaine mesure la subrogation de l'assureur dans les assurances de personnes, à condition toutefois qu'on y voie moins un avantage à concéder à l'assureur qu'un moyen d'égaliser les droits des assurés. De cette manière, il ne pourrait, semble-t-il, en résulter qu'un plus grand développement de ces assurances, chose très souhaitable à notre époque où les accidents et les morts violentes deviennent de plus en plus fréquents.

Quoi qu'il en soit, le principe posé par l'article 55 de la loi de 1930 ne paraît pas devoir être remis de sitôt en question car il représente une étape très marquée de l'évolution qui a lentement différencié les assurances de personnes des assurances de dommages.

1. V. notamment Lefort, *op. cit.*, t. II, p. 17. — Savatier, note citée, D. P. 1934.1.59. — Perreau, note citée, S. 1921.1.217.

Pour terminer notre étude sur le recours de l'assureur, nous allons maintenant aborder une autre catégorie d'assurances, d'une nature très spéciale et de formation relativement récente : l'assurance-crédit.

TITRE V

Du recours de l'assureur
contre le débiteur défaillant
en matière d'assurance-crédit

TITRE V

Du recours de l'assureur contre le débiteur défaillant en matière d'assurance-crédit

Cette question a donné lieu à beaucoup de difficultés, ainsi qu'en témoigne l'abondante jurisprudence dont elle a été l'objet ces derniers temps. Ces difficultés sont nées du fait que sous le nom d'assurance-crédit on pratique des opérations de caractères absolument différents, que la technique elle-même n'a dégagées que peu à peu et qui appellent sur le plan juridique des conclusions différentes. C'est pourquoi, avant d'aborder le problème du recours de l'assureur en cette matière, il est indispensable de bien préciser quelques points essentiels sur la nature et le mécanisme de ces opérations.

L'assurance-crédit est de création récente, ce qui s'explique par le fait qu'elle suppose « un état économique suffisamment évolué »¹. C'est en 1924 que s'est fondée la *Nationale-Crédit*, première Compagnie spécialisée dans l'assurance des risques de crédit, suivie peu après par l'*Urbaine-Crédit*. Dans sa conception

1. César Ancy, *L'assurance des crédits*, 2^e éd., 1932. — On doit signaler toutefois qu'il a existé au siècle dernier des compagnies pratiquant l'assurance contre les faillites, qui n'est qu'une modalité de l'assurance-crédit. Voir à ce sujet un intéressant arrêt de la Cour d'Amiens du 31 déc. 1868, D. P. 1869.2.19.

première, l'assurance-crédit a pour objet de garantir les assurés — qui sont généralement des commerçants ou des industriels — contre les risques d'insolvabilité de leurs débiteurs. Mais la notion de crédit est complexe en elle-même, elle intervient dans diverses situations, qui s'échelonnent du non-paiement d'une traite à son échéance jusqu'à l'insolvabilité totale et définitive d'un débiteur. Les assureurs qui ont voulu garantir les risques du crédit à ses différents stades ont été obligés de prévoir des contrats appropriés, dont certains s'apparentent plus à la banque qu'à l'assurance.

Devant le caractère trop spécial de ces opérations, le législateur a pensé qu'il était difficile d'assimiler l'assurance-crédit aux autres formes d'assurances¹. C'est pourquoi, craignant de lui assigner prématurément des limites arbitraires qui auraient pu entraver son développement, il l'a expressément exclue du champ d'application de la loi du 13 juillet 1930, dont l'article 1^{er} *in fine* dispose : « Les opérations qualifiées d'assurance-crédit ne sont pas régies par la présente loi ».

Quelles sont donc ces opérations que la pratique connaît sous le nom d'assurance-crédit ? En faisant abstraction de certaines modalités secondaires, on peut les ranger en deux grandes catégories : d'une

1. Dans son rapport à la Chambre, M. Lafarge s'exprimait ainsi à ce sujet : « Si l'assimilation de l'assurance-crédit aux autres assurances soulève des difficultés si diverses, c'est que nous sommes ici non seulement aux frontières de l'assurance, mais dans une sorte de colonie de l'assurance, colonie à peine découverte, encore bien peu inexplorée, dont on peut se demander si elle sera finalement attribuée à l'assurance ou à la banque. » — *J. off.*, 1926, doc. parlem. Ch. des dép., ann. n° 3316, p. 1159.

part *l'assurance-insolvabilité*, dont la garantie porte sur l'insolvabilité définitive et dûment constatée d'un débiteur; d'autre part *l'assurance-aval* ou *assurance-caution* qui a pour objet de garantir le paiement à l'échéance. Nous allons voir que la première doit être considérée comme une véritable assurance, tandis que ce caractère est contesté — et généralement refusé — à la seconde.

L'assurance-insolvabilité a essentiellement pour but de garantir l'assuré contre une perte définitive de créances, cette perte étant « la valeur dont le patrimoine de l'assuré se trouve diminué une fois achevées les opérations légales d'exécution prises contre les biens actuels du débiteur »¹. On sait les conséquences désastreuses que peuvent avoir pour un commerçant certaines défaillances de sa clientèle. L'assurance-insolvabilité lui permet de se prémunir contre ce risque, à craindre surtout en période de crise économique. D'autre part, en transférant à une banque le bénéfice de l'assurance, il peut obtenir plus facilement des ouvertures de crédit. L'assurance peut porter sur certaines créances déterminées (police individuelle) ou bien sur un nombre indéterminé de créances (police globale), par exemple sur toutes les créances se rapportant à des ventes faites à l'étranger.

Cette assurance est techniquement organisée, selon les formules propres de l'assurance, d'après la théorie mathématique de la compensation des risques. L'assureur pratique une sélection très sévère des risques, en s'entourant de renseignements très précis tant sur

1. Raymond Michel, *L'assurance des crédits en droit comparé*, 1^{re} éd. 1930, p. 30 et s.

les vendeurs assurés que sur les acheteurs ; il faut tenir compte en effet de la tendance naturelle des mauvais risques à se précipiter vers l'assurance. D'autre part, pour freiner cette autre tendance des assurés à se reposer sur l'assurance pour consentir des crédits hasardeux, l'assureur exige la collaboration de l'assuré, en laissant à sa charge une quote-part du risque. L'assuré demeure ainsi son propre assureur pour cette quote-part, qui est généralement de 20 à 25 %. Mais ce qui caractérise principalement l'assurance-insolvabilité, c'est le risque garanti, à savoir *l'insolvabilité du débiteur*.

C'est la constatation de cette insolvabilité qui constitue la survenance du sinistre et fait jouer la garantie de l'assureur. La notion d'insolvabilité est donc capitale ; aussi les polices d'assurance-crédit prennent-elles le soin d'en préciser le sens. Citons, à titre d'exemple, cette clause de l'*Urbaine-Crédit* : « Sera considéré comme insolvable tout commerçant (individu ou société) déclaré par jugement en état de faillite ou de liquidation judiciaire en France ou un état analogue à la liquidation judiciaire ou à la faillite dans les autres pays, ou encore tout commerçant ayant bénéficié, avec l'assentiment de la Compagnie, soit d'un concordat amiable et préventif de faillite, soit d'une liquidation amiable ». Cette clause énumère ainsi les procédures les plus généralement employées pour constater officiellement l'insolvabilité d'une personne. Il en résulte que le risque ne se trouve réalisé que dans la mesure où l'assuré n'a pu être payé après accomplissement de ces procédures. Il a été jugé toutefois qu'une telle énumération des cas d'insolvabilité n'était pas limitative et que la garantie de l'assureur

devait jouer notamment dans le cas où la loi d'un pays étranger interdit à ses nationaux de payer en devises étrangères les créanciers français ¹.

Quoi qu'il en soit, on doit tenir comme règle qu'il n'y a perte pour l'assuré qu'autant que la créance est devenue *définitivement irrécouvrable*, soit en totalité, soit en partie, après épuisement complet de toutes les voies de droit. Par application de cette idée il a été jugé en matière de billets de fonds de commerce que le porteur de billets impayés à l'échéance n'était pas fondé à en réclamer le paiement à l'assureur, sous prétexte que les souscripteurs de ces billets avaient fait une demande en réduction en vertu de la loi du 29 juin 1935 et jouissaient de ce fait d'un moratoire légal jusqu'à la solution de cette instance ; si en effet la demande en réduction avait pour conséquence d'exonérer provisoirement le débiteur du paiement à l'échéance, il ne pouvait nullement être question d'une perte définitive de la créance du fait de l'insolvabilité du débiteur, telle que prévue par la police ².

En principe donc la garantie de l'assureur est limitée au cas où l'insolvabilité du débiteur défaillant a été officiellement établie, c'est-à-dire après un règlement de faillite ou de liquidation judiciaire. Toutefois, étant donné la lenteur de ces procédures, l'assurance-crédit perdrait une partie de son intérêt si l'assuré était obligé d'attendre la liquidation définitive pour être remboursé par son assureur. Aussi la pratique a-t-elle apporté divers assouplissements au prin-

1. Paris, 8 nov. 1935, *Gaz. Pal.*, 1937.1.20.

2. Trib. com. Seine, 20 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1937.1.91. — *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1937.130.

cipe initial et prévu plusieurs modalités de garantie. Il peut être stipulé par exemple que l'assureur remboursera à l'assuré tout ou partie de la créance dès la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire, ou bien qu'il effectuera un règlement provisoire des indemnités d'après la perte probable, quitte à opérer un rajustement après la clôture de la faillite. De cette manière l'assuré peut entrer en possession de fonds de roulement qui lui sont très utiles pour la marche de ses affaires ; mais quelles que soient les modalités adoptées dans ce but, il n'en résulte aucune altération du principe fondamental de l'assurance-insolvabilité qui est *la garantie de la perte définitive*. L'assureur ne verse des acomptes ou ne fait un règlement provisoire entre les mains de l'assuré que lorsque la perte est certaine.

Ainsi donc, l'assurance-insolvabilité, de par sa nature et de par sa technique, apparaît bien comme une véritable assurance ; elle en présente tous les éléments essentiels, elle a pour objet la garantie d'une perte réelle et nettement déterminée ; il faut donc la ranger parmi les assurances de dommages. Juridiquement, le contrat d'assurance-insolvabilité se présente ainsi avec des caractères propres qui permettent de le distinguer facilement de diverses opérations qui ont avec lui une certaine analogie et auxquelles on a prétendu parfois l'assimiler, le cautionnement tout d'abord.

Le cautionnement, tel qu'il est prévu par l'article 2011 du Code civil, est un contrat par lequel un tiers appelé caution promet à un créancier de le payer, si le débiteur n'exécute pas son obligation. Par là, le

cautionnement ressemble au contrat d'assurance-insolvabilité en ce sens que, comme lui, il constitue une sûreté personnelle garantissant le créancier contre la défaillance éventuelle du débiteur. Mais à côté de ce point commun, il y a des différences profondes dans la nature de ces deux conventions. Le contrat de cautionnement est en effet essentiellement accessoire, unilatéral et gratuit. Le contrat d'assurance-insolvabilité est au contraire *principal, synallagmatique* et *à titre onéreux*. Ces deux derniers caractères ne sont pas discutables. Pour le premier, on peut hésiter. Est-on bien en présence d'un contrat principal ou s'agit-il plutôt d'un contrat accessoire, c'est-à-dire supposant l'existence d'une obligation principale ? La difficulté provient de ce que le contrat d'assurance-insolvabilité porte sur une créance et apparaît ainsi comme nécessairement lié à une obligation préexistante ; l'assureur ne peut s'obliger que si un autre est déjà obligé, puisqu'il doit précisément se substituer à lui en cas d'inexécution de son obligation. Peut-on dire alors que son engagement existe principalement et par lui-même ? Malgré les apparences, l'affirmative s'impose. Si en effet l'obligation de l'assureur suppose l'existence d'une autre obligation, il n'y a pas entre elles *un lien d'accessoire à principal*, mais tout au plus un simple *lien de connexité*. En fait toutes les deux sont principales, car elles ont une cause juridique propre qui se suffit à elle-même. L'assureur ne s'oblige pas comme garant du débiteur ; il fait une opération aléatoire qui trouve son seul fondement dans les primes qu'il perçoit. Rien de semblable n'existe dans le cautionnement qui est ordinairement

gratuit, la caution ne s'obligeant que pour rendre service.

Le contrat d'assurance-insolvabilité doit également être distingué de la *convention de ducroire*, qui est le procédé classique de garantie d'un crédit commercial. La convention de ducroire, surtout fréquente en matière de commission, est un engagement par lequel le commissionnaire vendeur se porte garant du paiement du prix et s'oblige à en régler le montant au commettant en cas de défaillance de l'acheteur. La convention de ducroire apparaît ainsi comme une sorte d'assurance, dans laquelle le commettant serait l'assuré et le commissionnaire l'assureur ; le risque assuré serait le paiement du prix et la prime serait représentée par la majoration du droit de commission. Mais il y a une différence essentielle entre les deux contrats, en ce sens que l'un peut se modeler exactement sur la demande du créancier, tandis que l'autre est conditionné par certains éléments dont il ne peut être séparé sans perdre sa nature même. Le contrat d'assurance-insolvabilité obéit en effet aux règles de l'assurance, il garantit une perte au sens technique du mot et il suppose l'application de la théorie de la compensation des risques. Ces caractères font totalement défaut à la convention de ducroire, qui n'intervient qu'accidentellement entre un commissionnaire et un seul commettant, ou bien entre un banquier et le tireur d'une traite.

Enfin le contrat d'assurance-insolvabilité se différencie nettement de l'aval qui est la garantie du paiement d'une lettre de change à son échéance, et ceci nous amène à parler de la deuxième catégorie des

opérations faites par les assureurs-crédit : l'assurance-aval ou assurance-caution.

L'aval est un cautionnement qui a essentiellement pour but de faciliter la négociation d'une lettre de change, en en assurant mieux le paiement. Le donneur d'aval s'oblige à payer le montant de la traite, au cas où elle serait protestée à son échéance ; il est considéré comme la *caution solidaire* de celui, tireur ou endosseur, dont il se porte garant. L'aval peut être donné directement sur la lettre de change ou par acte séparé. C'est sous cette dernière forme qu'il se présente généralement dans l'assurance-aval. Pratiquement, en effet, le contrat d'assurance-aval comprend deux pièces, la *police* et l'*avenant d'aliment*.

La police, parfois dénommée police-crédit ou police générale, apparaît comme une convention préliminaire, une sorte « d'avant-contrat ¹ » qui a pour objet de fixer entre les parties les clauses et conditions générales devant s'appliquer à toutes les traites à assurer. Par la signature de cette police, l'assureur s'engage à donner son aval moyennant paiement d'une prime à l'occasion des traites qui seront tirées par l'assuré ; il se réserve toutefois un droit d'appréciation préalable pour chaque traite et la faculté de refuser celles qu'il ne lui semblerait pas opportun de garantir.

L'avenant d'aliment est la pièce qui donne vie au contrat. Il est établi en exécution de la police et indique de façon précise la traite à laquelle il se rap-

1. Roger Houin, *La nature du contrat d'assurance-aval et le recours de l'assureur contre le tiré défaillant*, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1937, p. 5 et s.

porte. Par cet avenant, dont un exemplaire est remis au banquier escompteur ou au tiers porteur pour être annexé à la traite, l'assureur s'oblige envers ces derniers à leur payer le montant de ladite traite et des frais si elle est protestée à son échéance. Généralement l'assureur s'engage aussi à ne pas leur opposer les causes de déchéances qui pourraient exister à l'encontre de l'assuré en vertu des clauses de la police. Enfin il convient d'ajouter que son engagement porte sur le montant total de la traite, y compris les frais de protêt, alors même que la police générale limiterait sa garantie à 75 % de l'effet impayé, une franchise de 25 % étant laissée à la charge de l'assuré.

Après avoir effectué le paiement de la traite et s'être fait remettre cette dernière, l'assureur cherche à récupérer le montant de la somme qu'il a déboursée. Aux termes de certaines polices, il peut en demander le remboursement à l'assuré tireur de la traite. Mais c'est très généralement contre le tiré défaillant que son recours s'exercera.

Par ces quelques explications, on voit que l'objet de l'assurance-aval est essentiellement de permettre la négociation aisée des traites tirées par l'assuré et de lui donner ainsi des facilités de trésorerie. Le paiement de ces traites à leur échéance étant en effet garanti par l'assureur, l'assuré n'a aucune peine à faire escompter son papier aux meilleures conditions, le banquier ne courant en fait aucun risque. D'autre part, l'assuré se trouve ainsi déchargé des complications d'un recouvrement contentieux contre le tiré défaillant. Les poursuites seront dirigées par l'assureur, qui en fait son affaire personnelle. A cet égard, l'as-

assurance-aval se différencie nettement de l'assurance-insolvabilité dans laquelle c'est en principe à l'assuré qu'il appartient d'user de toutes les voies légales pour récupérer sa créance, l'assureur n'intervenant qu'en fin de compte pour régler la perte subie. Ceci s'accorde d'ailleurs très bien avec le fait que la première garantit le *risque de l'impayé*, tandis que la seconde ne couvre que le risque de l'insolvabilité réelle.

L'assurance-aval apparaît donc comme bien distincte de l'assurance-insolvabilité. Mais quelle est sa nature exacte ? Peut-elle être considérée comme une véritable assurance ou doit-elle être rangée plutôt parmi les opérations bancaires ?

Au point de vue technique, la question ne fait aucun doute. Malgré son appellation, l'assurance-aval n'est pas une assurance, c'est une opération d'ordre bancaire, tout à fait analogue à celle que fait un banquier en donnant son aval moyennant commission. Nous ne pouvons mieux faire que de citer sur ce point M. Raymond Michel, qui s'exprime ainsi : « L'entreprise qui s'adonne à l'aval finance le crédit ; par son intervention, elle confère aux effets avalisés une valeur financière de premier ordre dont la conséquence directe sera de permettre leur négociation. Mais par cela même qu'elle prend un risque dont la naissance tient autant à la bonne volonté d'un débiteur qu'à sa solvabilité réelle, elle ne peut techniquement s'organiser que sur une base bancaire, c'est-à-dire avec, en mains, une masse de capitaux susceptible de faire face au risque de trésorerie qu'elle court, risque temporaire sans doute, mais risque en toute hypothèse considérable, qu'une prime d'assurance proprement

dite ne saurait nourrir. C'est, dès lors, non en fonction des primes ou droits qu'elle perçoit, mais bien en fonction de son capital qu'une société peut pratiquer l'aval; ce capital n'est plus comme dans l'assurance une garantie, mais bien une masse de manœuvre nécessaire à la gestion elle-même; l'aval apparaît dès lors sans contestation possible, comme une opération financière au plus haut titre qui ne saurait être confondue avec l'opération d'assurance; c'est, du reste, pour ne pas avoir dégagé des éléments généraux de l'assurance-crédit le risque assurable, que sont venus les prétendus échecs de l'assurance-crédit¹ ». De même M. Desbrosses, autre technicien de l'assurance-crédit, distingue soigneusement l'assurance-aval de l'assurance insolvabilité et déclare que « seule la garantie de la perte définitive peut être traitée suivant les formules de l'assurance² ».

Si donc l'assurance-aval n'est pas et ne peut pas être une assurance, c'est avant tout parce qu'il lui manque cet élément essentiel que constitue *le risque*, tout au moins au sens technique du mot. Elle ne comporte pas un risque assurable. La défaillance du tiré est tout au plus une éventualité, c'est celle à laquelle s'expose tout donneur d'aval; mais ce n'est pas un risque. Le paiement que fait l'assureur ne présente pas le caractère d'une indemnité; ce n'est au fond qu'un décaissement de trésorerie, car il pourra géné-

1. R. Michel, *op. cit.*, p. 41 et s.

2. Conférence à l'assemblée générale des assureurs-crédit, en juin 1930, à Berlin, cité par C. Ancey, *op. cit.*, p. 160. — V. aussi R. Vanard, *L'assurance contre les risques du crédit et les problèmes juridiques qu'elle soulève*, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 276 et s. — Planiol, Ripert et Lépagneur, *op. cit.*, p. 561.

ralement en récupérer le montant par le recours qu'il exercera contre le tiré. La défaillance de ce dernier ne se confond pas, en effet, avec son insolvabilité. Elle peut traduire une simple difficulté passagère, passée laquelle sa situation est susceptible de s'améliorer. En tout état de cause, l'assureur ayant payé la traite tirée sur lui, en poursuivra le recouvrement par les moyens de droit appropriés.

C'est au sujet de ce recours de l'assureur contre le tiré que sont nées des difficultés, difficultés tenant elles-mêmes à la nature juridique mal définie du contrat d'assurance-aval. La question n'est pas, en effet, aussi simple que dans le contrat d'assurance-insolvabilité.

Pour ce dernier, aucune discussion n'est possible. Il s'agit d'un véritable contrat d'assurance qui, comme nous l'avons vu, doit être rangé parmi les assurances de dommages. Il y a donc lieu de lui appliquer les règles consacrées par la jurisprudence en cette matière avant la loi de 1930. Il ne peut être question en effet de la subrogation de l'article 36, puisque la loi de 1930 ne régit pas les assurances-crédit. D'autre part, l'assureur ne pouvant être assimilé à une caution, ainsi que nous l'avons montré, il ne saurait bénéficier de la subrogation légale prévue par les articles 1251 - 3° et 2029 du Code civil. L'assureur ne pourra donc agir contre le débiteur défaillant, qu'en vertu d'une cession des droits de l'assuré. D'autre part, son recours ne s'exercera en principe que dans la limite de sa garantie, qui est généralement réduite à 75 % de la perte; les récupérations devront, par suite, être partagées entre l'as-

sureur et l'assuré au prorata de leur créance respective. Si toutefois, comme le stipulent certaines polices, l'assuré a cédé tous ses droits à l'assureur, ce dernier bénéficiera seul du recours, la cession s'analysant alors en un rachat conditionnel de créance. Ajoutons d'ailleurs que dans le cas de l'assurance-insolvabilité pure, qui garantit strictement la perte définitive, il n'y aura, en principe, aucun recours à envisager au profit de l'assureur; car, dans cette assurance, le règlement de l'indemnité par l'assureur suppose précisément que tous les recours possibles ont été épuisés contre le débiteur insolvable.

Pour l'assurance-aval, le problème se pose différemment. Nous avons vu qu'au point de vue technique cette opération n'est pas une véritable assurance, l'élément bancaire y étant prédominant. Mais sur le plan juridique, ce point n'apparaît pas avec la même évidence. Au contraire, en raison de la forme pratique que revêt l'opération et de l'appellation que les parties lui donnent, on serait porté « a priori » à considérer qu'il s'agit bien d'un contrat d'assurance, d'autant plus que la convention d'assurance-aval vient souvent se greffer sur un contrat d'assurance-insolvabilité qui est, lui, un véritable contrat d'assurance.

L'assureur délivre donc au tireur assuré une police d'assurance-crédit stipulant la garantie accordée et les conditions de cette garantie; d'autre part, les avenants d'aliment qui sont émis par la suite se réfèrent expressément à la police initiale et font donc corps avec elle, comme il est de règle en matière d'assurance. Il semble donc bien que les parties, en signant ce contrat, entendent se soumettre au régime juridi-

que du contrat d'assurance. Cette intention se trouve d'ailleurs confirmée par les clauses prévues dans la police au sujet du recours de l'assureur, clauses qui ne sont que la réédition des clauses de subrogation et de cession de droits usitées en matière d'assurances de dommages. Citons, à titre d'exemple, la clause suivante, extraite d'une police de l'Urbaine-Crédit : « L'assuré subroge dès à présent et par les présentes la Compagnie dans tous ses droits et actions contre la société débitrice et lui donne tous pouvoirs à cet effet. En outre, il s'oblige à faire tenir dans un délai non supérieur à dix jours qui suivront l'échéance de toute traite impayée... la traite protestée régulièrement endossée au nom de la Compagnie, ainsi que, si celle-ci le juge utile, un acte de subrogation dont le modèle lui sera fourni, et tous pouvoirs et pièces nécessaires... En outre, s'il y a tiers porteur, celui-ci devra expressément subroger la Compagnie dans ses droits et lui remettre les pouvoirs qui lui seront utiles pour l'exercice de son recours. »

Quelles sont, en vertu d'une telle clause, les voies de recours qui sont ouvertes à l'assureur contre le tiré défaillant, dans le cas ordinaire où le paiement de la traite est effectué à un tiers porteur ?

Il y a tout d'abord *l'endossement* qui est le mode normal de transmission d'une lettre de change et qui constitue en l'espèce le moyen le plus simple et le plus efficace. En se faisant endosser à son nom la traite protestée, l'assureur bénéficie de plein droit contre le tiré de tous les recours cambiaires qui sont la conséquence de cet endossement.

Il y a ensuite la *subrogation conventionnelle*; elle

est valable, si du moins on admet que l'assureur est un tiers au sens de l'article 1250 du Code civil, et sous la condition qu'elle soit expresse et faite au moment du paiement. Par suite, cette subrogation ne peut émaner que du tiers porteur et non du tireur assuré, car le paiement n'est pas fait à l'assuré.

Il y a également la *cession de créance* ou *cession de droits* que l'assureur peut se faire consentir par le tiers porteur à qui il règle le montant de l'effet. Ce moyen est incontestablement licite, mais il est peu pratique et moins avantageux notamment que l'endossement : d'une part, il ne fait pas bénéficier l'assureur de la règle de l'inopposabilité des exceptions dont peuvent se prévaloir les endossataires; d'autre part, il faut que la cession soit signifiée au tiré, débiteur cédé, conformément aux prescriptions de l'article 1690 du Code civil. Remarquons là aussi qu'une cession faite par l'assuré ne peut être envisagée, car l'assuré n'a aucun droit à céder. L'émission de la traite a pour effet de transmettre la propriété de la provision aux endossataires successifs; le tireur assuré n'est donc plus créancier du tiré, cette qualité appartenant en définitive au tiers porteur, qui est donc seul en mesure de la transmettre à l'assureur.

Supposons maintenant qu'aucun des divers moyens ci-dessus indiqués n'ait été utilisés par l'assureur ou bien qu'ils soient, en fait, inopérants, par suite d'une irrégularité de forme. L'assureur est-il fondé à invoquer à son profit la *subrogation légale* dans les droits du tiers porteur pour recourir contre le tiers tiré défaillant ?

La question a été portée en 1936 devant la Cour

d'appel de Riom, laquelle a refusé tout recours à l'assureur par deux arrêts qui ont eu un grand retentissement, tant chez les praticiens que parmi les auteurs¹. Les faits étaient les suivants : la Compagnie « L'Urbaine et la Seine » s'était engagée, aux termes d'une police générale d'assurance-crédit, à garantir le paiement à leur échéance de traites tirées par la Société « Le Crédit Général » en règlement de ses opérations de vente. Une traite de 500.000 francs ayant été tirée sur la société du Petit Casino de Vichy, un avenant d'aliment avait été régulièrement établi en exécution de la police précitée. Cet avenant spécifiait le montant et l'échéance de la traite et contenait l'engagement de la Compagnie de payer le tiers porteur au cas où la traite serait impayée et valablement protestée, le tout sous certaines conditions de délai. La traite ayant été effectivement impayée et protestée, la Compagnie en régla le montant au tiers porteur, la Compagnie « Le Zénith », conformément à l'engagement qu'elle avait pris. Puis, se prétendant subrogée aux droits du tiers porteur, ce qui lui donnait ainsi la qualité de créancier du tiré, elle demanda la mise en faillite de la société du Petit Casino de Vichy. Ce point de vue fut admis par le Tribunal de commerce de Cusset qui prononça la faillite de ladite société; mais, sur appel, la Cour de Riom reforma le jugement et déclara que la Compagnie l'Urbaine et la Seine était sans droit pour agir contre le tiré défaillant.

1. Riom, 15 mai et 30 octobre 1936, D. P. 1936.2.113 (note conforme de M. Escarra). — S. 1937.2.25 (note critique de M. Solus). — *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1936, p. 605 (note critique de M. Maurice Picard).

Sur certains points, la décision de la Cour de Riom est inattaquable. L'assureur avait, en effet, négligé de se faire endosser la traite; d'autre part, il n'y avait pas eu de cession ou subrogation conventionnelle nettement exprimée. Restait la subrogation légale. S'en tenant aux clauses de la police et à la nature du contrat, (dans lequel elle ne vit qu'un contrat d'assurance ordinaire), la Cour décida qu'il ne pouvait y avoir subrogation légale au profit de l'assureur :

— ni dans les droits du tiers porteur, parce qu'en payant le montant de la traite, l'assureur avait payé sa dette personnelle et non celle d'autrui, et que, par suite, les conditions requises par l'article 1251 - 3° du Code civil ne se trouvaient pas remplies.

— ni dans les droits de l'assuré tireur de la traite, pour la même raison que ci-dessus et, en outre, pour deux autres motifs. D'une part, l'article 36 de la loi de 1930 qui subroge l'assureur dans les droits de l'assuré n'était pas applicable, puisque ladite loi ne régit pas les assurances-crédit¹. D'autre part, la subrogation ne pouvait naître du chef du tireur assuré, puisque ce n'était pas lui qui avait reçu le paiement, mais le tiers porteur.

Cette décision de la Cour de Riom fut dans l'ensemble sévèrement critiquée, notamment par MM. les professeurs H. Solus et M. Picard². Il lui fut surtout reproché d'avoir négligé d'approfondir la nature véritable de l'assurance-aval et de s'être bornée à trans-

1. M. Demogue a émis un doute à ce sujet (*Rev. trim. Dr. civ.*, 1936, p. 705), mais, vu les termes formels de l'article 1^{er} de la loi de 1930, la question ne nous paraît pas discutable.

2. Notes citées. V. *supra*.

poser dans ce domaine l'ancienne jurisprudence qui avait cours avant la loi de 1930 en matière d'assurances de dommages, jurisprudence qui refusait la subrogation légale à l'assureur parce qu'il payait sa dette propre et non celle d'autrui. A notre avis, le reproche est fondé, d'autant plus qu'en excluant l'assurance-crédit du champ d'application de la loi de 1930, le législateur a bien montré qu'il ne les assimilait pas entièrement aux autres assurances. A la vérité, cette assimilation est possible — et même s'impose — pour l'assurance-insolvabilité; mais elle ne l'est pas pour l'assurance-aval, ainsi que nous l'avons vu.

Dans l'opération d'assurance-aval, l'assureur réunit sur sa tête la double qualité d'assureur et de banquier, et c'est cette dernière qui prédomine incontestablement. On peut admettre dans une certaine mesure et suivant les stipulations de la police générale, qu'il y a contrat d'assurance entre l'assureur et l'assuré. Mais ce caractère disparaît complètement dans les rapports juridiques vis-à-vis des tiers, lorsqu'un avenant d'aliment a été délivré pour garantir le paiement d'une traite à son échéance. Cet avenant constitue en lui-même un acte distinct de la police; il ne peut s'analyser qu'en un *aval fourni par acte séparé* conformément à l'article 130 nouveau du Code de commerce. En avalisant la traite tirée par l'assuré, l'assureur ne fait que se porter caution solidaire de ce dernier. Or, si le donneur d'aval est tenu des mêmes obligations que celui dont il garantit la signature, il a, par contre, les mêmes droits que lui, et, notamment, le droit de recourir contre le tiré défail-

lant. Pratiquement, l'application des principes du droit commun, tant civil que commercial, donne ainsi à l'assureur une double série de droits.

En qualité de donneur d'aval, il peut exercer aux lieu et place du tireur dont il a garanti l'engagement, tous les droits et actions appartenant à ce dernier contre le tiré défaillant.

D'autre part, ayant désintéressé le tiers porteur de la traite impayée, il bénéficie de la subrogation légale dans les droits de ce dernier, en vertu de l'article 1251 - 3° du Code civil. Ce dernier moyen est d'ailleurs plus avantageux que le précédent, car il permet à l'assureur de revendiquer la qualité de *tiers porteur de bonne foi*, ce qui a pour effet de rendre inopposables à son égard les exceptions que le tiré pourrait opposer au tireur, le défaut de provision notamment¹.

Quelle que soit la base invoquée, il apparaît que l'assureur se trouve bien lié à la dette qu'il éteint. Il paie en effet *pour le compte du tireur, à la place du tiré défaillant*. L'obligation de ce paiement résulte d'une opération de nature nettement bancaire. On doit donc en tirer sur le plan juridique les conséquences qui s'imposent, sans s'attacher plus qu'il ne convient à la forme et à la qualification que les parties ont données à l'opération.

C'est d'ailleurs en ce sens que paraît maintenant bien fixée la jurisprudence actuelle. De nombreuses

1. Nîmes, 22 mai 1936, Montpellier, 26 juin 1936, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1936.831. — Rouen, 29 juillet 1936, *S.*, 1938.2.1. — Trib. com. Lyon, 28 août 1936, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1937, p. 540.

décisions récentes² ont consacré en effet la subrogation légale de l'assureur dans les droits du tiers porteur, contrairement au principe précédemment posé par la Cour de Riom. L'orientation très ferme de cette jurisprudence est due notamment à la Cour de Paris qui, dans deux arrêts rendus les 5 novembre et 17 décembre 1937, a solidement appuyé son point de vue sur une analyse très minutieuse et très exacte du contrat d'assurance-aval. Nous ne pouvons mieux faire que d'en reproduire les principaux passages : « Considérant que l'Urbaine et la Seine a passé deux contrats distincts, l'un avec le tireur assuré, l'autre avec le tiers porteur de l'effet assuré, que si le premier constitue un contrat d'assurance, il en est différemment du second, quoiqu'il apparaisse, d'après la qualification que les parties lui ont donnée, comme un avenant au premier; considérant en effet que l'exemplaire destiné à la Banque porte que l'Urbaine et la Seine s'engage à payer au banquier tiers porteur, toute traite protestée figurant à l'avenant; qu'il s'agit donc bien, indépendamment du contrat d'assurance qui lie le tireur à l'Urbaine, d'un véritable aval par acte séparé, circulant avec la lettre de change dont la Compagnie garantit le paiement, et conforme aux prescriptions de l'article 142 du Code de commerce (art. 130 nouveau). Qu'en vain, l'appelant objecte-t-il que l'Urbaine et la Seine a donné cette ga-

2. Paris, 23 déc. 1936, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1937.132. — Paris, 5 nov. 1937, *Rev. précitée*, 1937.987 (note de M. Picard). — Paris, 17 déc. 1937 et 10 fév. 1938, *Sem. jurid.*, 1938.648. — Lyon, 25 nov. 1937, *Rev. gén. Ass. Terr.*, 1938.322. — Rouen, 29 juillet 1936, *S.* 1938.2.1. — *Contra* : Paris, 23 janvier 1937 (référés), *Rev. précitée*, 1937.319, — Paris, 25 janvier 1937, *Gaz. Trib.*, 18 fév. 1937, *Journ. Ass.* 1937.71.

rantie parce qu'elle s'y était engagée envers son assuré, en contre-partie de la perception des primes; qu'à ce point de vue, la situation de l'intimée qui, (suivant l'engagement souscrit dans son contrat général de garantir, à titre de caution solidaire, les traites émises par l'assuré), a signé au profit du porteur des avenants concrétisant l'aval promis, n'est pas différente de celle de n'importe quel donneur d'aval agissant par exemple pour rendre service, ou par intérêt personnel; qu'en dépit des mobiles auxquels les uns et les autres ont obéi, le banquier tiers porteur n'a pas à s'en préoccuper; que l'avenant a d'ailleurs pris soin de préciser, pour bien marquer l'autonomie de l'aval, que le paiement sera effectué au tiers porteur sans qu'il y ait lieu de rechercher si les obligations à la charge de l'assuré ont été respectées par lui, celui-ci demeurant en toute hypothèse soumis envers la Compagnie aux clauses et conditions du contrat; qu'à cet égard encore il n'est pas sans intérêt de constater que l'intimée s'engageait, d'une part, à payer les traites à 100 %, alors que le tireur n'était assuré que jusqu'à concurrence de 75 %; et, d'autre part, à effectuer ce paiement avant même la réalisation du risque, c'est-à-dire immédiatement après le protêt qui ne constitue pas à priori une preuve d'insolvabilité; considérant que l'Urbaine, « *engagée ainsi pour d'autres et avec d'autres* », s'est trouvée subrogée dans les droits du porteur, conformément aux dispositions de l'article 1251 - 3° du Code civil... »

On voit que la Cour de Paris dissocie nettement le contrat d'assurance-aval en ses deux éléments, police générale et avenant d'aliment ; elle considère qu'ils

constituent en fait deux contrats distincts, absolument indépendants l'un de l'autre à l'égard des tiers qui ne connaissent que le second, lequel est un aval par acte séparé. Quant à la police générale, elle admet qu'elle peut constituer un contrat d'assurance; mais cette police s'analyse au fond, ainsi que l'a précisé un autre arrêt¹, en une simple *promesse d'aval*, étant donné que l'assureur a seul pouvoir de donner aliment au contrat en délivrant, si bon lui semble, à l'occasion de telle ou telle opération d'escompte, un avenant spécifiant les effets dont elle garantit le paiement et destiné à circuler avec eux. Quoi qu'il en soit, la dissociation juridique opérée par la Cour fait bien ressortir le mécanisme réel de l'opération et permet de conclure que l'assureur, en l'espèce simple donneur d'aval, ne paie pas sa dette propre et doit par suite bénéficier des règles de l'aval et de la subrogation.

Bien que très équitable dans son résultat, cette jurisprudence n'est cependant pas unanimement approuvée et certains auteurs estiment que le contrat d'assurance-aval est un véritable contrat d'assurance et qu'il est purement arbitraire d'y voir une simple opération d'aval. M. Escarra notamment, approuvant les deux arrêts de la Cour de Riom, s'est fait le défenseur de cette thèse. Selon lui, la dissociation du contrat en deux éléments distincts est inacceptable. Le contrat forme un tout, juridiquement indivisible. La cause de l'avenant d'aliment se confond avec celle de la police, en exécution de laquelle il est délivré; il n'a donc pas de valeur juridique indépendante, il

1. Paris, 10 fév. 1938, déjà cité.

n'est pas un aval, mais bien un simple avenant qui n'existe que par la police à laquelle il se réfère. « Il est impossible, dit-il, de mélanger contrat d'assurance et droit de change au point que le premier disparaisse par évaporation, la combinaison chimique ne laissant plus apparaître que le second, comme une sorte de « précipité ». Sinon, à quelle opération correspondrait le paiement d'une prime qui peut être élevée ? Resterait-elle sans cause entre les mains de la Compagnie ?¹ ». M. Escarra conclut qu'il y a lieu d'écarter l'application du droit cambiaire et de s'en tenir uniquement aux clauses et conditions du contrat. Par suite, l'assureur ne peut bénéficier que des voies de recours qu'il s'est ménagées par la police. Il ne peut invoquer les règles de l'aval et, d'autre part, comme il paie sa dette personnelle et non celle du tiré défaillant, il ne peut prétendre à la subrogation légale dans les droits du tiers porteur.

A notre avis, cette argumentation n'est pas convaincante. On peut surtout lui reprocher de trop tenir compte des caractères extérieurs du contrat et de ne donner qu'une importance accessoire à ceux qui en révèlent la nature véritable. Certes, le contrat d'assurance-aval est un contrat complexe; il est difficile d'en donner une définition juridique exacte; on peut admettre qu'il ne constitue pas une opération d'aval ordinaire, mais il est encore plus certain qu'il ne constitue pas une opération d'assurance, malgré la qualification qui lui est donnée et qui ne fait que créer une confusion. Les termes employés ne peuvent

1. Note sous Riom, 15 mai et 30 oct. 1936, S. 1937.2.25, — V, aussi chronique au D. H. 1938.33.

en effet faire illusion. Le risque couru par l'assureur n'est que la difficulté éventuelle du recouvrement de ses débours; c'est une sorte de risque contentieux, dont la survenance peut provenir de la simple volonté du débiteur; ce n'est donc pas un risque au sens technique du mot. D'autre part, ce risque est toujours assorti d'un recours, tandis que la véritable assurance n'en comporte pas en principe. L'avenant d'aliment n'a d'avenant que le nom; c'est un aval par acte séparé. Le paiement fait par l'assureur n'a aucun caractère indemnitaire, il ne correspond pas à une perte, c'est un décaissement de trésorerie. La prime payée par l'assuré n'est pas non plus une véritable prime; il ne peut y avoir prime que s'il y a risque; elle n'est d'ailleurs pas en proportion avec les décaissements de l'assureur; elle constitue simplement la rémunération de ce dernier pour les difficultés et les aléas du recouvrement. Enfin, il est certain que l'avenant d'aliment ne s'incorpore pas véritablement à la police, puisque l'engagement de l'assureur vis-à-vis du tiers porteur reste indépendant des clauses et conditions de la police.

Pour ces divers motifs, il nous apparaît que la jurisprudence, actuellement suivie par la Cour de Paris et la majorité des tribunaux, doit être approuvée sans réserve, tant pour l'interprétation qu'elle donne de l'assurance-aval que pour les solutions qui en découlent. La qualité de donneur d'aval qui est reconnue à l'assureur et la subrogation légale qui lui est accordée dans les droits du tiers porteur de la traite impayée sauvegardent en effet de façon parfaite son recours contre le tiré défaillant.

Admettre le contraire aboutirait, dans certains cas, ainsi que l'a très justement relevé la Cour de Paris, à ce résultat singulier qu'un tiré solvable et malhonnête pourrait légalement s'affranchir de sa dette par un simple refus de la payer, sous prétexte qu'une assurance à laquelle il est totalement étranger aurait été souscrite par le tireur. Pour éviter une conséquence aussi choquante, il est donc nécessaire que l'assureur puisse, dans tous les cas, exercer son recours contre le tiré défaillant. D'autre part, il y a lieu de considérer l'importance des recours en cette matière, importance qui est beaucoup plus grande que dans n'importe quelle branche d'assurances. Le développement et la prospérité de l'assurance-crédit dépendent donc, dans une étroite mesure, des voies de recours ouvertes à l'assureur.

Ce développement de l'assurance-crédit est en soi une chose très souhaitable, étant donné les services qu'elle rend aux industriels et commerçants, en même temps qu'à la banque. Il ne faut pas croire, en effet, que l'assurance-crédit et la banque, malgré leur domaine contigu, soient faites pour se concurrencer. « Le rôle de la banque est d'ouvrir des crédits, le rôle de l'assurance est de garantir des crédits ouverts ¹ ». Elles se complètent donc, plus qu'elles ne se concurrencent. D'autre part, les assureurs-crédit, dont le nombre est plus restreint que celui des banquiers, voient converger vers eux des séries d'opérations commerciales et industrielles, qu'ils sont mieux à même d'étudier, grâce à leurs services de documentation, surtout lorsqu'il s'agit de traites tirées sur

1. C. Ancey, *op. cit.*, p. 133.

l'étranger. L'assurance-crédit — comme la réassurance — est, en effet, essentiellement internationale, et elle constitue pour les banques une source précieuse de renseignements. L'Etat lui-même a d'ailleurs si bien compris l'intérêt de l'assurance-crédit, qu'il a créé au Ministère du commerce un système d'assurance-crédit à l'intention de nos exportateurs, pour les garantir contre les défaillances de leurs débiteurs à l'étranger.

CONCLUSION

Nous voici parvenus au terme de cette étude, qui nous a permis de passer successivement en revue les différentes branches de l'assurance, depuis la plus ancienne, représentée par l'assurance maritime, jusqu'à la plus récente, qui est l'assurance-crédit. Dans toutes se pose ou s'est posée la question du recours de l'assureur. Dans toutes, elle a donné lieu à des difficultés, ce qui s'explique tant par la nature assez particulière de ce recours que par les rapports parfois complexes qu'il fait naître entre les intéressés.

Comme nous l'avons vu, en effet, le recours de l'assureur a un fondement assez incertain. La logique juridique ne l'impose pas. Seules, diverses considérations concordantes justifient sa raison d'être : tout d'abord, une considération d'équité qui s'oppose à ce que la réparation d'un dommage puisse être pour l'assuré une cause d'enrichissement; ensuite, une considération pratique qui est la possibilité pour l'assureur d'abaisser le tarif de ses primes en contre-partie des recours qu'il exerce; enfin, une considération liée aux règles de la responsabilité civile, en vertu desquelles la personne responsable d'un dommage est toujours tenue de le réparer, nonobstant la réparation qui a pu être effectuée à un autre titre par un tiers, en l'espèce l'assureur.

Un fondement aussi vague ne pouvait conduire sur le plan juridique à des solutions bien précises. C'est ainsi qu'a pu naître la théorie de l'action directe fondée sur un prétendu préjudice causé à l'assureur, théorie qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence jusqu'à ce que son application aux assurances de personnes fît apparaître la faiblesse de sa base. Par ailleurs, en refusant à l'assureur la subrogation légale dans les droits de l'assuré, les tribunaux devaient faire justice d'une autre apparence, celle de l'assureur payant pour le tiers responsable, alors que leur obligation respective découle d'une cause absolument distincte excluant toute idée d'une dette commune.

Nous avons vu comment les assureurs remédièrent à cet état de choses en insérant dans les polices une clause de subrogation conventionnelle, que les tribunaux analysèrent avec raison en une cession de droits éventuels, cette cession présentant d'ailleurs des caractères particuliers qui en font une convention *sui generis* propre à l'assurance. L'usage de cette clause, qui devint vite de style, permit aux assureurs d'exercer efficacement leurs recours et d'attendre ainsi, sans aucune gêne, la subrogation légale que devait leur conférer l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930.

En instituant cette subrogation dans les assurances de dommages et en la refusant dans les assurances de personnes, le législateur n'a fait en somme que ratifier une situation existante. Pour les premières, il a donné un fondement légal à la cession de droits qui était pratiquement stipulée dans toutes les polices. Pour les secondes, il a consacré l'évolution de la Jurisprudence qui avait abouti à une nette discrimina-

tion entre les deux catégories d'assurances. D'autre part, il a tenu compte de la solution adoptée dans les pays étrangers, notamment par les législations allemande et suisse sur l'exemple desquelles il s'est expressément appuyé.

Il ne saurait donc être question de critiquer les principes posés par la loi de 1930 au sujet du recours de l'assureur, principes qui se retrouvent identiquement, à quelques nuances près, dans la plupart des législations étrangères ¹. A notre avis, on peut toutefois regretter que la loi de 1930 n'ait pas unifié les règles applicables au recours de l'assureur, en supprimant l'usage des clauses de cession de droits. Il n'est pas en effet très rationnel que l'exercice du recours soit assorti de moyens différents selon qu'il est fondé sur la subrogation ou sur une cession conventionnelle, sans qu'aucune raison réelle puisse justifier cette différence.

En ce qui concerne les assurances de personnes, il est également permis d'estimer que le législateur aurait pu sans grand inconvénient admettre le principe de la subrogation pour les assurances individuelles contre les accidents, tenant compte du fait que ces assurances se rapprochent beaucoup des assurances de dommages proprement dites et que, d'autre part, la pratique des clauses de cession de subrogation y avait cours antérieurement à la loi.

Pour ce qui est des assurances-crédit, on ne peut qu'approuver le législateur de les avoir laissées en

1. Une des dernières en date, la loi roumaine du 4 juillet 1930 sur les assurances, consacre également dans son article 78, la subrogation de l'assureur de dommages dans les droits de l'assuré contre le tiers responsable. — *Rev. gén. Ass. Terr.* 1931, 237.

dehors du champ d'application de la loi de 1930. Leur création trop récente à cette date et leur nature complexe commandaient cette prudente solution ; les difficultés soulevées à leur sujet devant les tribunaux n'ont fait depuis que le confirmer. Nous avons constaté que dans cette branche nouvelle, il fallait radicalement séparer l'assurance-insolvabilité, qui est une véritable assurance, de l'assurance-aval ou assurance-caution, qui est une opération relevant bien plus de la Banque que de l'assurance. La jurisprudence actuelle, dans son dernier état, s'oriente nettement en ce sens, et en tire les conclusions juridiques qui s'ensuivent au point de vue du recours de l'assureur. Cette jurisprudence mérite d'être approuvée, étant donné l'importance toute particulière des recours en cette matière. Elle contribuera ainsi dans une certaine mesure au développement très souhaitable de cette branche d'assurance qui, après des débuts quelque peu décevants, dus en partie à la crise économique, paraît être aujourd'hui en voie de net redressement.

Vu,

Le Doyen :

G. RIPERT.

Vu,

Le Président de la thèse :

M. PICARD..

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

G. ROUSSY

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — *Traité général des assurances*, t. II, Paris, 1843 (2 vol.).
- AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, 4^e édit., t. III et IV.
- ANCEY (César). — *L'assurance des crédits*, 2^e édit., 1932.
- CAPITANT (H.). — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 37 et s.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 7^e éd.
- CURRAL. — Avis présenté au Sénat au nom de la Commission de Législation civile et criminelle, Sénat, sess. ord., Doc. parlem., année 1930, séance du 30 juin 1930, annexe n° 395.
- DEMOLOMBE. — *Traité des Engagements*, t. XXXI, n° 673.
- DUPUICH. — *L'assurance sur la vie*, 1922.
- ESCARRA. — Note au *Dalloz périodique*, 1936.2.113.
— Chronique au *Dalloz hebdomadaire*, 1938.33.
- GRILLON. — *Le tiers auteur du dommage en face de l'assureur et de l'assuré*, thèse Montpellier, 1936.
- GODART (J.) et PERRAUD-CHARMANTIER. — *Code des assurances*, 2^e édit., 1937.
- HÉMARD (Joseph). — *Théorie et Pratique des assurances terrestres*, 1924, t. I et II.
- HOUIN (Roger). — « La nature du contrat d'assurance-aval et le recours de l'assureur contre le tiré défaillant ». *Rev. gén. Ass. terr.*, 1937.
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, 1930.

- LYON-CAEN et RENAULT. — *Manuel de droit commercial*, 14^e édit.
- LEPROUST. — *Du recours de l'assureur contre les tiers responsables du sinistre ou de l'accident*, thèse Bordeaux, 1914.
- LEFORT. — *Nouveau traité de l'assurance sur la vie*, 1920, t. II.
- LAFARGE (René). — Rapport à la Chambre, *J. O.*, 1926, Doc. parlementaires, Ch. des députés, annexe n° 3316, p. 1159.
- MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2^e édit., t. I et III.
- MARTIN. — *Des droits de l'assureur contre l'auteur du dommage*. Thèse Renne, 1920.
- MORET. — *Situation juridique de l'assureur à l'égard de l'auteur du dommage*. Thèse Paris, 1913.
- MICHEL (Raymond). — *L'assurance des crédits en droit comparé*, 1^{re} édit., 1930.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, par Esmein, Radouant et Gabolde, et t. XI, par Lepargneur.
- PICARD (M.) et BESSON (A.). — *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. I, 1938.
- POTHIER. — *Traité du contrat d'assurance*, 1810.
- REBOUL. — *Les assurances sur la vie*, 5^e édit.
- SUMIEN. — *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 3^e édit., 1931.
- SOLUS. — Note au *Sirey*, 1937.2.25.
- TRASBOT. — Commentaire de la loi du 13 juillet 1930, *Dalloz périodique*, 1931, IV, p. 10.
- VANARD (R.). — « L'assurance contre les risques de crédit et les problèmes juridiques qu'elle soulève », *Rev. gén. des Ass. terr.*, 1930.
- WEENS. — *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité*. Thèse Paris, 1927.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	1
--------------------------	----------

TITRE I

Du fondement du recours de l'assureur et de sa justification pratique	11
--	-----------

TITRE II

De la base juridique de l'action de l'assureur et des différentes solutions consacrées avant la loi du 13 juillet 1930.....	29
--	-----------

Chapitre premier. — Des motifs qui ont fait admettre, puis rejeter l'action directe de l'assureur fondée sur l'article 1382 du Code civil.....	39
---	-----------

Chapitre II. — De l'action de l'assureur résultant d'une clause insérée dans la police.....	54
--	-----------

<i>Section I. — De la nature juridique de la clause de cession-subrogation.....</i>	<i>57</i>
---	-----------

<i>Section II. — Des effets de la clause de cession-subrogation..</i>	<i>71</i>
---	-----------

§ 1. Effets de la cession de droits dans les rapports entre l'assureur et l'assuré.....	72
---	----

§ 2. Effets de la cession de droits vis-à-vis des tiers....	78
---	----

TITRE III

De la subrogation légale de l'assureur instituée par la loi du 13 juillet 1930.....	89
--	-----------

Chapitre premier. — De la subrogation légale de l'assureur au point de vue de sa nature juridique.....	93
---	-----------

Chapitre II. — De l'application et des effets de la subrogation légale de l'assureur.....	102
--	------------

<i>Section I. — Champ d'application de la subrogation.....</i>	<i>103</i>
--	------------

<i>Section II. — Conditions d'exercice et effets de la subrogation</i>	<i>120</i>
--	------------

<i>Section III. — Des cas de non application de la subrogation de l'assureur</i>	120
§ 1. Impossibilité de subrogation du fait de l'assuré...	120
§ 2. Absence de recours à l'égard de certaines personnes.....	124
§ 3. Absence de recours du fait de la renonciation de l'assureur	131
§ 4. Prescription du droit de recours de l'assureur....	140

TITRE IV

Du recours de l'assureur en matière d'assurances de personnes...	145
--	-----

TITRE V

Du recours de l'assureur contre le débiteur défaillant en matière d'assurance-crédit	171
Conclusion	201

